

DESPIDOS Y SUSPENSIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LAS SITUACIONES CONCURSALES

Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Octubre 2003

Índice

- 1.- Antecedentes**
- 2.- Condicionantes y habilitaciones comunitarios**
- 3.- Salvamento de la empresa versus satisfacción de los créditos pendientes**
- 4.- Caracterización general de la nuevas reglas de procedimiento: el objetivo de tratamiento unitario**
- 5.- La centralidad de la competencia judicial de control**
- 6.- Ámbito de aplicación de la normativa concursal**
- 7.- Constatación de la causa justificativa**
- 8.- La tramitación del procedimiento de regulación de empleo**
 - 8.1. Sujetos legitimados para iniciar el procedimiento**
 - 8.2. Presupuestos de la iniciación del procedimiento**
 - 8.3. La formalización de la solicitud**
 - 8.4. El período de consultas-negociación**
 - 8.5. La fase de intervención judicial**
- 9.- Efectos de las medidas de regulación de empleo**

1.- Antecedentes

La nueva regulación de las situaciones concursales, a través de la Ley 22/2003 (en adelante LC) y de la Ley Orgánica 8/2003 (en adelante LOC)¹, contiene importantes novedades en lo que refiere a sus efectos sobre las relaciones laborales. Desde el punto de vista formal es la primera ocasión en nuestro ordenamiento jurídico en la que se procede a regular el impacto sobre las relaciones laborales de las situaciones concursales a través de una norma de carácter básicamente mercantil y procesal común, puesto que hasta ahora todo lo relativo a los aspectos laborales de las crisis laborales venía regulado en la propia legislación laboral.

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio (BOE 10 julio), Concursal, y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio (BOE 10 julio), para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Para un análisis de los precedentes en su versión de proyecto de Ley, cfr., M. T. Alameda Castillo, Conservación de empresa en crisis y contrato de trabajo, ed. Aranzadi, Pamplona 2002; La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales, AL nº 32 (2002). F. J. Gualda Alcalá y E. Lillo Pérez, La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las Relaciones Laborales, en RL nº 22 (2001). L. M. Martínez Garrido, Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable, AL nº 38 (2001). B. Ríos Salmerón, La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003, AL nº 21 (2003). M. L. Segoviano Astaburuaga, “**Incidencia del proyecto de Ley Concursal en la normativa laboral**”, en Información Laboral, Jurisprudencia nº 9 (2002). Comentarios al texto finalmente aprobado en I. García-Perrote Escartín, Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal, en JL nº 15 (2003).

A su vez, en la normativa laboral la tendencia ha sido la de establecer un régimen común para todas aquellas situaciones en las que, por causas económicas o productivas, la empresa se enfrentara a la necesidad de abordar una reestructuración empresarial, en particular con independencia de que tal contexto de crisis comportara una insolvencia empresarial que determinase o no una situación concursal de quiebra o suspensión de pagos. En otros términos, en líneas generales las situaciones concursales se integraban como un supuesto más de las causas justificativas de regulación de empleo, a las que se **les venía** a aplicar un régimen común en lo que refiere al procedimiento de modificación, subrogación, **suspensión o extinción** de las relaciones laborales vigentes en esa empresa.

A pesar de ser ésta la orientación general hasta el momento presente, también es cierto que tradicionalmente han existido algunas reglas particulares en la propia legislación laboral para las situaciones concursales². En concreto, en supuestos hasta ahora calificados como de suspensión de pagos y quiebras se contemplaba una singular intervención de la autoridad judicial, con intensas facultades de control sobre la gestión de la actividad empresarial que continúa en el *interim*, por tanto con paralela reducción de la capacidad decisoria del hasta ese instante titular de la empresa; ello determinaba que las resoluciones acordadas en esa esfera incidieran directamente sobre los correspondientes expedientes de regulación de empleo que se pudieran tramitar. Se trataba de una regulación específica para este tipo de situaciones concursales, aunque con muy escasas diferencias, manteniendo parte sustancial del régimen común estatutario.

De este modo, sin alterar el régimen general de los expedientes de regulación de empleo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y su normativa reglamentaria de desarrollo³, se contemplaban los singulares efectos de las decisiones adoptadas en ese otro ámbito judicial sobre el correspondiente expediente laboral. Así, el hasta ahora vigente art. 51.10 ET ha venido estableciendo que el expediente de regulación de empleo, para los supuestos de declaración de quiebra, cuando los síndicos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial, o en otros supuestos de cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial, se tramitará a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. Precizando, no obstante, que en todo caso debería respetar la regulación estatutaria relativa al período de consultas y al derecho a la indemnización legalmente estipulada⁴. En la práctica y de forma resumida ello venía a suponer que el cierre definitivo de la empresa, bien por decisión de los síndicos de la quiebra o bien por resolución judicial, previa las correspondientes consultas a los representantes de los trabajadores, determinaría la automaticidad de la resolución administrativa de autorización de los despidos

² Con carácter general sobre el particular, cfr. M. T. Alameda Castillo, Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis, ed. Consejo Económico y Social, Madrid 2001.

³ RD 43/1996, de 19 de enero (BOE 1 de abril), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados.

⁴ Tal regulación se corresponde con la reforma del Estatuto introducida en el año 1994, a tenor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23 mayo). Cfr. S. Del Rey Guanter, Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma, en AA. VV. (Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde coords.), La reforma del Estatuto de los Trabajadores, La Ley, Madrid 1994, pg. 216. En la versión originaria de 1980 del Estatuto de los Trabajadores, se exigía por el contrario que se tramitara el expediente resolutorio ante la autoridad laboral competente a todos los efectos, incluso cuando los síndicos no acordaran la continuidad de la actividad de la empresa (art. 51.11 ET-1980).

colectivos, convirtiéndose el acto administrativo en reglado, a los meros efectos de certificar la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados. En sentido contrario, la autoridad laboral carecía de competencia alguna para entrar en el análisis material de la efectiva situación de crisis empresarial justificativa de los despidos colectivos, por cuanto que se vendría a establecer una presunción legal *iuris et de iure* de su concurrencia cuando fuera acordado el cierre empresarial bien por los síndicos de la quiebra o bien por el Juez competente respecto del concurso. Eso sí, conviene resaltar el muy reducido número de situaciones en el que podía resultar aplicable en la práctica este apartado 10 del art. 51 ET, siendo ello lo que puede justificar la casi nula existencia de pronunciamientos judiciales aplicativos de tal apartado. Concretando las situaciones que salen fuera del art. 51.10 ET se aprecia mejor lo limitado de su alcance. Así, en la medida en que el presente art. 51.10 ET tiene como presupuesto de hecho exclusivamente la concreta decisión de cese en la actividad empresarial, ha de interpretarse que ello refiere a un cese total y definitivo de la actividad vinculado a una situación de quiebra; al ser total, el apartado no sería aplicable para aquellas otras regulaciones de empleo que prevén la continuidad de la actividad empresarial, aun cuando sea necesaria una reducción de los efectivos de la empresa vía despidos colectivos, con mantenimiento de un determinado número de trabajadores en su vinculación contractual a la empresa; de igual forma, al referirse dicho apartado a un cese definitivo tampoco sería aplicable para las medidas de suspensión siempre temporales de las relaciones laborales; finalmente, la doctrina ha venido interpretando que el apartado en cuestión sólo es de aplicación a las situaciones de quiebra, de forma que no cabe extender este singular procedimiento a las situaciones de suspensión de pagos⁵. Para estos otros supuestos, se sobreentiende que seguirían aplicándose en su plenitud el régimen común de regulación de empleo contemplado en la legislación laboral.

Pues bien, lo primero que viene a hacer la nueva Ley Concursal es proceder a derogar el art. 51.10 ET, sustituyéndolo por la regulación novedosa contemplada en la misma⁶. A tal efecto, se incorpora al Estatuto de los Trabajadores un nuevo precepto, el art. 57 bis, precepto que a su vez se remite a la Ley Concursal para las especialidades en ella prevista respecto de todos los supuestos de regulación de empleo: modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa.

En todo caso, conviene anticipar, como detallaremos en su momento, que el régimen finalmente aprobado por el Parlamento, por mucho que parte del establecimiento de una regulación *ad hoc* que formalmente excluye el régimen común estatutario, desde el punto de vista material se presenta en muchos de sus elementos como un espejo de aquél, en el que se ve reflejado constantemente⁷.

2.- Condicionantes y habilitaciones comunitarios

El Derecho comunitario constituye un primer elemento decisivo que fuerza a esa regulación convergente con el régimen común estatutario apenas anunciada. En efecto,

⁵ Por todos, Alameda Castillo, Extinción del contrato..., op. cit., pgs. 270 ss.

⁶ Disposición derogatoria única apartado 12 LC, si bien conviene tener presente que conforme a la disposición final 35ª su efectiva derogación queda postergada a la entrada en vigor de la LC el 1 de septiembre de 2004.

⁷ García-Perrote Escartín, Aspectos laborales..., op. cit., pg. 20.

de una parte, el marco legal en nuestro país de los despidos colectivos cada vez más es deudor de las previsiones comunitarias en la materia, al extremo que las reformas que se han producido en los últimos años sobre el particular presentan una indiscutible impronta comunitaria. De otro lado, el punto de partida de la norma comunitaria es la de la aplicación de sus disposiciones armonizadoras a todo el conjunto de los despidos colectivos, incluyendo por tanto aquellos que encuentran su causa inmediata en una situación de insolvencia empresarial que ha dado lugar a **la** situación concursal controlada judicialmente.

La disposición en cuestión es la Directiva sobre despidos colectivos⁸. La primitiva versión de esta Directiva, que se remonta al año 1975⁹, contemplaba expresamente la exclusión de su ámbito de aplicación a aquellos despidos que eran el resultado de “cese de las actividades del centro de trabajo cuando éste resulte de una decisión judicial” (art. 1.2.d)¹⁰. Aunque la referencia a una decisión judicial es más amplia que las situaciones concursales aquí analizadas, es indiscutible que las abarca en la medida en que tales cierres hasta ahora por quiebra y suspensión de pagos lo eran como resultado de una decisión judicial¹¹. Sin embargo, tal exclusión desapareció a partir de la aprobación de la Directiva de modificación de la anterior, reforma que se verifica en el año 1992¹². En concreto, el art. 1.2 de la Directiva actualmente vigente, contempla hasta un total de tres supuestos a los que no se les aplica dicha Directiva, supuestos entre los cuales no se encuentran los relacionados con las situaciones concursales. De este modo, interpretado dicho precepto *a sensu contrario* y tomando en consideración la comparación entre el texto histórico inicial y el reformado, ha de entenderse que la Directiva sobre despidos colectivos se aplica de principio también a las referidas situaciones concursales. En cierto modo, estos casos de extinciones por decisión judicial han de considerarse como inclusiones “constitutivas”, por cuanto que en sentido estricto del término no se trata de “despidos efectuados por el empresario”, tal como presupone el art. 1.1.a de la Directiva, pues formalmente son el resultado (tal como veremos más adelante) de una resolución judicial; bien es cierto que en nuestro ordenamiento ello se produce, de forma generalizada, con el consenso de los administradores judiciales del concurso, en sustitución de la voluntad empresarial que se encuentra considerablemente limitada en tales situaciones concursales. En todo caso, sea cual sea la naturaleza jurídica que se le atribuya a este tipo de extinciones, lo indiscutible es que por el sentido de la reforma de la Directiva de 1992 ha sido voluntad de las instituciones comunitarias incorporar parcialmente dentro de su ámbito de aplicación a los despidos colectivos que se producen por decisión judicial¹³.

⁸ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DOCE 12 agosto), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

⁹ Directiva 75/129, de 17 de febrero (DOCE 22 de febrero).

¹⁰ STSJCE 12 de febrero de 1985.

¹¹ J. M. Ramírez Martínez, Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen especial, AL nº 33 (1987), pg. 1813.

¹² Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio de 1992 (DOCE 26 de agosto). El texto actualmente vigente, a tenor de la Directiva ya citada 98/59, es el resultado de la refundición a través de un texto consolidado del originario texto de 1975 incorporando las reformas de la Directiva de 1992.

¹³ Así lo contemplaba expresamente la exposición de motivos de la Directiva 92/56/CEE, de modificación del texto originario: “Considerando que conviene disponer que la Directiva 75/129/CEE se aplique asimismo, en principio, a los despidos colectivos resultantes del cese de actividades del establecimiento declarado por una decisión judicial”. Cfr. También, STJCE 17 diciembre 1998, asunto 250/97, John Lauge.

Donde sí que cabe identificar una previsión específica de exclusión parcial de la Directiva respecto de las situaciones que estamos analizando es en el art. 3.1. párrafo 2 y en el art. 4.4. de la presente Directiva. En el primero de los preceptos, respecto de la tramitación ante la autoridad pública de los despidos colectivos, se precisa que los Estados miembros podrán establecer que, en los casos de propuestas de despidos colectivos que traen su causa en el cese de actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial, el empresario no estará obligado a notificarlo por escrito a dicha autoridad pública, salvo que ésta se lo solicite expresamente a iniciativa propia¹⁴. En correspondencia con ello, el segundo de los preceptos establece que los despidos colectivos por decisión judicial, tampoco estarán obligados a someterse al período de enfriamiento postergando la efectividad de los despidos; se trata de una previsión que se contempla con vistas a permitir las posibles intervenciones sucesivas por parte de la autoridad pública para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos, actuación administrativa que pierde todo su sentido cuando se trata de situaciones concursales, donde ese tipo de actuaciones se trasladan al ámbito judicial, sea a los administradores judiciales o al propio Juez.

En los mismos términos de interpretación *a sensu contrario*, siendo ésta la única excepción prevista en la Directiva, ello presupone que en lo demás deberá darse cumplimiento a lo previsto en la misma para el resto de los aspectos en las situaciones concursales. En concreto, lo anterior supone que en los despidos vinculados a situaciones concursales deben cumplirse necesariamente todas las previsiones comunitarias en materia de información y consulta a los representantes de los trabajadores, que constituyen justamente el aspecto más relevante e incisivo de la regulación comunitaria en la materia¹⁵.

Por el contrario, el aspecto más secundario, el relativo a la intervención de la Administración laboral es el que se permite quede excepcionado por la normativa de trasposición. Recuérdese que la normativa comunitaria en modo alguno contempla un sistema de autorización administrativa previa, aunque no lo impida, limitándose a establecer un intervención débil de la autoridad laboral, ceñida a una notificación a la misma del proyecto de despido a los efectos de establecer un período de enfriamiento, como regla general de treinta días, plazo que aprovechará la autoridad pública para poder mediar entre las partes; insisto, son éstos justamente los preceptos que se excepcionan para las situaciones concursales, por tratarse de despidos producidos en virtud de decisión judicial (arts. 3.1 y 4.4 Directiva 98/59).

En todo caso, conviene también recordar que las Directivas comunitarias de armonización de la legislación laboral tienen un carácter de mínimo común de las regulaciones de los Estados miembros, admitiendo siempre que las legislaciones nacionales establezcan regímenes más favorables para los trabajadores (art. 5 Directiva 98/59). Por ello, esa exclusión de la intervención de la autoridad laboral en los casos de despidos por decisión judicial, en términos formales, consiste tan sólo en una

¹⁴ Las excepciones previstas en estas disposiciones no se aplican a los despidos colectivos que se producen el mismo día en que el empresario presenta la solicitud de declaración de quiebra y cesan las actividades del establecimiento, siendo así que el órgano jurisdiccional competente, sin más dilación que la derivada del plazo fijado por él, dicta posteriormente la resolución de declaración de quiebra instada (STJCE 17 diciembre 1998, asunto 250/97, asunto John Lauge).

¹⁵ Sobre el particular, con carácter general, cfr. J. Cruz Villalón, La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos, en Temas Laborales nº 44 (1997). J. L. Monereo Pérez, Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario, Madrid 1994.

habilitación comunitaria para que la normativa nacional, si así lo estima oportuno, efectúe tal exclusión, pero desde luego sin imponer que la normativa de transposición deba necesariamente incorporar la referida exclusión. En definitiva, para estos concretos aspectos, la norma comunitaria no impone, aunque **sí** autoriza el establecimiento de un tratamiento diferenciado para las situaciones concursales.

3.- Salvamento de la empresa versus satisfacción de los créditos pendientes

A partir del conocimiento de cuáles han sido los antecedentes normativos y los condicionantes deducibles en estos momentos de la normativa comunitaria, procede entrar en el análisis directo de las novedades introducidas por la nueva legislación concursal en materia de regulación de empleo, particularmente por lo que refiere a los despidos y suspensiones de los contratos de trabajo. Y conviene hacerlo, en primer lugar, señalando cuáles son, a nuestro juicio, los parámetros principales de política del derecho deducibles de un texto tan prolijo y técnicamente complejo. Sucesivamente, pues, esa perspectiva de conjunto nos permitirá mejor adentrarnos en la consideración particularizada de la regulación en sus aspectos concretos y, sobre todo, nos facilitará en gran medida la interpretación a nuestro juicio más razonable de aquellos aspectos oscuros o dudosos de la nueva regulación.

Desde esta perspectiva con seguridad el gran dilema hamletiano que se ha de afrontar en el contexto de cualquier tipo de situación de insolvencia empresarial refiere a la opción entre continuidad de la actividad empresarial y satisfacción de las deudas pendientes de pago; en otros términos, la alternativa entre, de un lado, las expectativas de continuidad de la actividad empresarial, sea ésta plena o de carácter parcial, y, de otro lado, la atención al interés de todo el conjunto de acreedores de obtener el pago de las cantidades debidas. De un lado, la expectativa real o ficticia de salvamento de la empresa, que puede implicar tanto la salvaguarda de las inversiones efectuadas por determinados ahorradores y depositadas en esa empresa por particulares que confiaban en obtener determinados rendimientos de las mismas, como la garantía de la continuidad de los contratos de trabajo vinculados a dicha actividad empresarial que constituye el medio de sustento económico de los correspondientes empleados, incluida la repercusión económica general de la continuidad o cese de la actividad productiva sobre el medio territorial y económico en el que se desenvuelve la empresa. De otro lado, la expectativa igualmente real o ficticia de que los acreedores de la empresa, sean públicos o privados, laborales o comerciales, financieros o proveedores, puedan ver satisfechas sus deudas con la empresa. Como es fácil adivinar, la opción por lo primero, necesariamente obliga a postergar en mayor o menor medida lo segundo, de igual forma que una preferencia plena por el cobro de los créditos convierte en inviable cualquier tipo de proyecto de continuidad de la actividad productiva.

A diferencia de lo que suelen hacer otras legislaciones comparadas de países de nuestro entorno, que suelen recoger en su articulado una declaración explícita en torno a este dilema, nuestra LC curiosamente omite en su articulado todo pronunciamiento sobre el particular. Las legislaciones concursales de los países más próximos al nuestro tienden a separarse de lo que constituyó la orientación primigenia de las legislaciones concursales en sus orígenes históricos, prácticamente todas ellas enfocadas a una finalidad liquidatoria de la empresa, pretendiendo tan solo una racionalización de ese proceso de cierre definitivo de la actividad empresarial, con atención exclusiva al

equilibrio de poder de los diversos acreedores del deudor. Frente a esa inicial finalidad liquidatoria, las legislaciones europeas modernas suelen recoger en su articulado un pronunciamiento expreso a favor del salvamento de la empresa, con importante repercusión después de esta regla general sobre todo su concreto régimen legal y, con ello, la toma en consideración de los intereses de los trabajadores a la continuidad de los contratos, de los inversores y, en general, del entorno económico en el que se desenvuelve esa actividad productiva¹⁶. Por mucho que no se trate de una regla absoluta, que no puede jugar en modo alguno como interés exclusivo a proteger, sí que posee un gran valor como principio general, tanto interpretativo del conjunto de la legislación concursal como orientativo de cuál debe ser la pauta de actuación más señera de la actuación del Juez del concurso.

Por contraste con lo anterior, el texto de nuestra reciente Ley concursal no contiene en su articulado pronunciamiento expreso respecto de los objetivos y principios inspiradores al respecto, de modo que, cual si se tratase de una regulación eminentemente técnica, procedimental y economicista, arranca directamente de la fijación de su ámbito aplicativo para adentrarse inmediatamente en las reglas de procedimiento en lo que refiere a legitimación para iniciar el procedimiento e identificación de los sujetos, públicos y privados llamados a actuar en el mismo.

Para encontrar algún tipo de pronunciamiento al respecto hay que rastrear en la exposición de motivos, lugar donde sí que se puede encontrar una declaración rotunda y radical al efecto, sorprendentemente de signo totalmente inverso a lo que hemos indicado suele ser hoy en día lo habitual en las legislaciones europeas de los países más próximos al nuestro. En concreto, en su apartado II, prácticamente de pasada, se dice lacónicamente que la flexibilidad de la ley permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, “a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso”. O bien más adelante, cuando afirma que “el sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores”. De todo ello, podría deducirse que el texto expositivo rezuma una visión casi exclusivamente mercantil, de modo que se concibe que los únicos intereses en juego son los que refieren a la pretensión del deudor de salvar parte de su patrimonio frente al intereses de los acreedores a satisfacer sus créditos. En correspondencia con ello, cuando se alude a las medidas laborales de reducción de empleo, la exposición de motivos viene a ser meramente descriptiva, sin aludir a los objetivos pretendidos y, en modo alguno, apuntar aunque sea tímidamente un objetivo de salvamento de la empresa en la medida de lo posible. En concreto, en su apartado tercero, se limita a señalar que “La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste; pero goza el Juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de éste, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores”. Lo más llamativo de ese pasaje meramente descriptivo de las facultades otorgadas al Juez del concurso, reside en que no se apunta en modo alguno cual es la orientación con la que debe actuar el Juez del concurso, de modo que todo haría pensar que implícitamente se

¹⁶ Por todos, Ríos Salmerón, *La Ley concursal y los trabajadores...*, op. cit., pg. 356.

remite a lo anteriormente afirmado, en el sentido de que la finalidad esencial del concurso no es otra que la satisfacción de los acreedores del deudor.

Esa perspectiva entraría en directa colisión, no solamente con la ya aludida filosofía de las legislaciones europeas al uso, sino también con lo que ha constituido en nuestro propio ordenamiento positivo, la orientación de nuestra propia legislación laboral, en gran medida dirigida al fomento y protección del empleo, no sólo con el objetivo inmediato de tutela de los derechos de los concretos trabajadores potenciales perjudicados, sino en general de la continuidad de la actividad productiva de nuestra economía.

Ahora bien, a mi juicio personal, esos pasajes de la exposición de motivos no reflejan cabalmente cual ha sido finalmente la filosofía de la nueva legislación concursal. Más claramente dicho, esa exposición de motivos trae su origen de un proyecto de ley que, tal como se presentó por el Gobierno al Parlamento, inicialmente tenía una redacción y orientación en lo que refiere a los derechos de los trabajadores cualitativamente diversa de lo que ha sido el resultado final, a tenor de las sustanciales enmiendas que el texto originario ha experimentado a lo largo de su tramitación parlamentaria. Fuerte transformación del articulado, al que no han sido ajenas las presiones internas y externas de muy diverso origen que ha sufrido el debate parlamentario. Sin embargo, ese cambio de los contenidos del articulado, no se ha visto seguido en paralelo con una corrección igualmente sustancial de su exposición de motivos. En este otro plano, las adaptaciones de la exposición de motivos han sido meramente formales, por lo que se puede afirmar sin riesgo que la misma no responde propiamente a lo que constituye el texto normativo finalmente aprobado por el Parlamento y publicado como tal en el Boletín Oficial del Estado.

En estos términos, es obligado rastrear más en una lectura de conjunto del articulado de la norma, sin otorgar mayor relevancia a los pasajes de la exposición de motivos de la Ley antes transcritos. Y a resultas de ese rastreo en profundidad sí que se constata una mayor interiorización de lo que han sido las pautas tradicionales de nuestra legislación laboral, particularmente en lo que refiere a la voluntad de colocar en lugar central, como objetivo a lograr, el salvamento y continuidad de la empresa, aun cuando ello comporte postergar otra serie de intereses, incluso cuando esos otros intereses refieran a la satisfacción de los propios créditos de los trabajadores, el abono de sus indemnizaciones por el empresario y, por qué no decirlo también, la reducción de la plantilla vía despidos en aras de la continuidad de la empresa.

Sin entrar en mayores detalles, que se comentarán más adelante, baste con referirnos a la remisión expresa contenida en la propia LC a la regulación estatutaria, respecto de cuantos aspectos no se **encuentren** regulados o precisados en sus preceptos, siempre es obvio que tal traslación no comporte contradicción con el modelo general de la propia LC. Declaración de aplicación supletoria general de la legislación laboral que se contempla tanto desde la perspectiva **material**, como desde la procesal. Para la perspectiva sustantiva se dirá expresamente que para las reestructuraciones empresariales en todo lo no previsto en el artículo correspondiente, se aplicará la legislación laboral (art. 64.11 LC). Para la perspectiva adjetiva, se afirmará que para el **enjuiciamiento** judicial de estas materias deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral (arts. 86 ter 1.2º LOPJ y art. 8.2 LC). Adicionalmente se observa **cómo**, tras las reformas

incorporadas en el curso de la tramitación parlamentaria, se produce una fuerte aproximación a las reglas típicas de la legislación laboral en materia de regulación de empleo, que procuran un equilibrio más razonable entre necesidades de atención a los intereses económicos de la actividad empresarial y los correlativos de continuidad de los contratos y de las condiciones de trabajo. Por referirnos a un solo ejemplo, bien elocuente al respecto, cuando la LC procede a determinar el contenido de la documentación que se debe aportar para iniciar el expediente de suspensión de las relaciones laborales o de despidos de los trabajadores, exige que se expliciten los objetivos que se pretenden alcanzar con las medidas colectivas pretendidas “para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo” (art. 64.4 LC). Otras apelaciones a la toma en consideración de la viabilidad futura de la empresa pueden encontrarse en los apartados 3 y 5 del mismo art. 64 LC.

4.- Caracterización general de la nuevas reglas de procedimiento: el objetivo de tratamiento unitario

Desde el punto de vista procedimental cabe resaltar que la nueva legislación concursal pretende responder a las situaciones de insolvencia empresarial de forma unitaria, coordinada y coherente a las múltiples y complicadas aristas que surgen en el contexto de una insolvencia empresarial: respuesta unitaria frente a los diferentes intereses en juego, para atender equilibradamente al conjunto de sujetos afectados y perjudicados por la situación concursal, para la búsqueda de una solución efectiva que procure conjugar debidamente las variadas opciones posibles. Como afirma expresamente la exposición de motivos de la Ley Concursal, se opta por “los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema”. Desde la perspectiva que nos interesa resaltar, por tanto a los efectos de la materia que estamos tratando, lo más relevante es la unidad de procedimiento instaurada a través de la nueva legislación concursal.

Ese principio general de tratamiento unitario, se desglosa y concreta en diversas manifestaciones, que podríamos enumerar del modo siguiente, ciñéndonos exclusivamente a aquellas que tienen repercusión sobre la materia que estamos analizando.

En primer lugar, se procede a una regulación unitaria de todas las situaciones de insolvencia de las empresas, de modo que desaparecen las precedentes distinciones, de un lado, entre suspensión de pagos y quiebra, y, de otro lado, del concurso de acreedores con las anteriores. De este modo, como regla general es irrelevante que la situación de insolvencia se prevea inicialmente como provisional o se contemple como definitiva, en el sentido de que el régimen jurídico aplicable será el mismo. Ciertamente la provisionalidad o irreversibilidad de la situación de insolvencia habrá de tener una repercusión inmediata sobre la decisión y sobre el tipo de medidas que se deban adoptar; en particular, abocarán a medidas de mayor o menor alcance respecto de la pervivencia de los contratos de trabajo vigentes hasta entonces en esa empresa. Lo que queremos indicar con la referencia al tratamiento unitario es básicamente en lo que refiere a las reglas de procedimiento, de modo que la tramitación de los expedientes de reestructuración empresarial serán comunes a todas las situaciones concursales, con independencia del alcance de la situación de insolvencia en la que se encuentre la empresa. Con ello ya se marca una primera diferencia respecto de la regulación estatutaria hasta ahora vigente, donde ya indicamos que existía una regla particular en el

art. 51.10 ET, pero sólo aplicable a las situaciones de quiebra, no así para las suspensiones de pagos.

De otro lado, la nueva normativa, supera las diferencias en función de que en la situación de insolvencia intervenga o no un comerciante, en el sentido de que se trata de un régimen común que sustituye y deroga en paralelo la regulación contemplada hasta el presente en el Código de Comercio y en el Código Civil. Como arranca diciendo la LC, “la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica” (art. 1.1), excluyendo tan solo la posibilidad de ser declarados en concurso los organismos públicos y demás entes de derecho público (art. 1.3). Una vez más, ello también tiene su correlativa repercusión sobre las reestructuraciones empresariales desde el punto de vista laboral: la regulación en materia laboral que vamos a analizar contenida en la LC va a resultar de aplicación a toda situación de insolvencia empresarial que deriva en un procedimiento concursal, son de aplicación a todos los empleadores, con independencia de cual sea su configuración jurídica, en concreto al margen de que éstos tengan o no carácter mercantil o comercial, sean o no personas jurídicas; insistimos, los únicos supuestos excluidos serán aquellos en los que actúen como empleadores los organismos públicos y los sometidos al Derecho Administrativo.

En segundo lugar, tratamiento unitario supone ejecutar una acción global en la que se tomen en consideración tanto las expectativas de continuidad de la actividad empresarial, sea ésta plena o de carácter parcial, como la satisfacción de los créditos pendientes de pago debidos a todo un conjunto de acreedores, en los términos referidos en el apartado precedente. Lo que conviene indicar ahora desde el punto de vista procedimental, y con independencia de cuál sea la decisión que se adopte en esa opción básica, es que se hace imprescindible que se adopte un programa unitario de actuación en uno y otro terreno, de forma que se conjuguen, armonicen y coordinen las medidas dirigidas al salvamento de la empresa y, en su caso, de los empleos vinculados a la misma, con las actuaciones dirigidas a lograr la mayor o menor satisfacción de los créditos integrantes del concurso.

Cuando se opte de forma extrema por la exclusiva satisfacción de los créditos, la actuación desde el punto de vista técnico y de contraste de intereses será eminentemente simple, pues se limitará a decidir el cierre completo de la empresa y, por ende, la resolución contractual de la totalidad de las relaciones laborales vigentes. Sin embargo, en las más de las ocasiones ello no será lo que pretenderán las partes afectadas, por lo que habrá de abordarse una composición equilibrada de intereses de superior complejidad. Por ello, la actuación se presenta particularmente compleja, allí donde se opte por una continuidad de la actividad empresarial, sea ésta parcial o plena, o bien se opte por la transmisión de parte de los activos para que los trabajadores hasta ahora empleados en su totalidad o en parte continúen su vinculación laboral bajo las iniciativa y responsabilidad de otro empleador. En efecto, en estos casos, además de tener que admitir una postergación o reducción en el cobro de los créditos adeudados, habrá que adoptar medidas de gestión de la empresa de muy diversa naturaleza, unas de carácter laboral otras de carácter mercantil. Pues bien, también desde esta perspectiva se materializa la genérica filosofía de actuación unitaria, a los efectos de que las medidas de una y otra naturaleza vayan suficientemente coordinadas y conectadas. Desde este punto de vista, el presupuesto del tratamiento unitario comportará el análisis de las medidas de carácter laboral a adoptar en el concurso de forma conjunta y conectada con

el resto de las medidas de carácter productivo, económico, mercantil, fiscal y de satisfacción o quita y espera de créditos pendientes.

De otra parte, ya en la esfera estrictamente laboral, las medidas de reestructuración que pueden adoptarse lo pueden ser de muy diversa naturaleza. Por simplificar las cosas, pueden ir desde decisiones de extinción de empleo a medidas de mantenimiento de los contratos. Las primeras, a su vez, pueden canalizarse a través de procedimientos muy variados desde bajas incentivadas y jubilaciones anticipadas hasta despidos colectivos o individuales. Las segundas, por su parte, pueden consistir tanto en transmisiones total o parcial de la empresa que den lugar a las correspondientes subrogaciones contractuales que permitan la continuidad de los contratos, como en medidas de modificación de las condiciones de trabajo o de suspensión temporal de las relaciones laborales. La legislación laboral común prevé en el Estatuto de los Trabajadores todo este amplio abanico de medidas laborales que pueden ser adoptadas en el contexto de una necesidad de reestructuración empresarial; pero lo hacen a través de preceptos diferenciados para cada una de estas posibles medidas y, con ello, presuponiendo la ejecución de procedimientos autónomos para cada una de las correspondientes medidas. Ciertamente es que en algún caso cabe establecer los correspondientes puentes de conexión entre unas y otras medidas, incluso vislumbrándose que el legislador los puede propiciar, bien a través de la previsión de los llamados planes de viabilidad del proyecto empresarial¹⁷, o bien por medio de la previsión de procedimientos asimilados para adoptar cada una de las medidas de reestructuración empresarial. No obstante ello, puede comprobarse cómo en la nueva legislación concursal se adopta una regulación que en diversos aspectos propicia con mayor facilidad esa presentación del proyecto de reestructuración empresarial como un todo unitario, que se materializa en medidas laborales de diverso alcance y confección pero que en todo caso se pretende que vayan enlazadas las unas y las otras. Por sólo indicar el elemento más elocuente al respecto, podríamos citar como ejemplo de lo que venimos afirmando el hecho de que se regule en un solo precepto y de forma unitaria todo el conjunto de medidas de reestructuración consistentes en modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de suspensión y de extinción de las relaciones laborales; esto es precisamente lo primero que llama la atención en el art. 64 LC, bajo el título genérico de “contratos de trabajo”, a diferencia de lo que sucede en el Estatuto de los Trabajadores que cuando menos podrían citarse hasta cuatro preceptos distintos que refieren a otras tantas instituciones laborales de reestructuración empresarial (arts. 40, 41, 47 y 51 ET). Ciertamente ello no comporta que el legislador concursal esté imponiendo como obligatorio que las medidas se adopten todas ellas a partir de una única medida propuesta por la administración concursal, ni siquiera que impida que sucesivamente en momentos temporales distintos se vayan adoptando medidas diversas conforme va evolucionando la situación de insolvencia concursal que gestionan; pero, desde luego, lo que sí propende esa regulación basada en la unidad procedimental es a facilitar una vez más la conexión y coordinación entre las diversas medidas laborales que se considera necesario acometer.

Dentro de esa misma lógica de actuación unitaria, se puede advertir como la unidad de gestión y de procedimiento impulsada por la ley desemboca en que las referidas medidas laborales de actuación lo sean sobre el conjunto de la empresa, y no de forma disociada y aislada por cada uno de los centros de trabajo o establecimientos

¹⁷ Por todos, J. M. Serrano García, El plan social en los despidos colectivos, Editorial Lex Nova, Valladolid 2002.

que la integran. La diferencia es palpable con el modelo que puede deducirse de la regulación recogida en el Estatuto de los Trabajadores, donde el ámbito de elección y de actuación de la representación de los trabajadores, básicamente en el nivel de centro de trabajo, propicia que también las propuestas empresariales de reestructuración empresarial se presenten por centro de trabajo. De nuevo, no se trata de que la legislación concursal imponga ese método de propuesta compacta respecto del conjunto de la empresa, pero sí que es un modelo legal que facilita en mayor medida la elaboración de proyectos de continuidad empresarial que analicen el todo. Es obvio también que la viabilidad de la continuidad de unos y otros centros de trabajo en determinado tipo de crisis empresariales puede ser muy diversa y, sobre todo, que la necesidad de adoptar medidas diferenciadas para cada uno de los centros de trabajo va a ser la tónica general; por ello, no se puede deducir de lo anterior que se busque la uniformidad de respuesta, pero sí una vez más la imbricación de las unas con las otras en el desarrollo procedimental del concurso.

5.- La centralidad de la competencia judicial de control

Todos los anteriores objetivos así descritos de tratamiento unitario de las situaciones de insolvencia empresarial se materializan a través de un concreto instrumento procesal. Me refiero al hecho de que, la medida más llamativa y expresa introducida a través de la LC y LOC consiste en la atribución de una competencia, de principio omnicomprensiva, a favor del Juez del concurso. Esta atribución unitaria al Juez del concurso del conocimiento, tanto de la situación de la empresa, como de las medidas concretas que se hayan de adoptar para hacer frente a la situación de insolvencia creada, es justamente el mecanismo a través del cual se materializa ese objetivo de tratamiento unitario, de forma que sea un mismo sujeto el que, tras una información exhaustiva de la situación de la empresa en sus muy diversas vertientes, decida el futuro de la misma, atendiendo particularmente a los múltiples intereses en juego y adoptando las medidas también de muy diversa naturaleza que resulten más adecuadas y razonables, al objeto de lograr un resultado equilibrado de los referidos intereses en juego.

Sin necesidad de entrar a fondo en toda la significación y repercusión de los cambios que se verifican en la regulación procesal, por no ser el objeto inmediato de este trabajo, baste con indicar lo que de novedoso tiene respecto de la situación precedente en lo que refiere a la esfera de la actuación en materia de reestructuraciones empresariales. Y ello se puede resumir en dos elementos básicos.

De un lado, la postergación a partir de ahora del protagonismo que en nuestro sistema de relaciones laborales se otorga a la Administración laboral, que como es sabido tradicionalmente ha asumido un papel de influencia destacada en los expedientes de regulación de empleo. Ello no comporta un repliegue del control de los poderes públicos, a modo de lo que ha sucedido en otros sistemas que han suprimido la autorización administrativa previa de los proyectos empresariales de despidos colectivos, pues lo que hace es desplazar esa intervención de la sede administrativa a la judicial, pero sin que por ello se altere sustancialmente la significación de este tipo de control público de carácter previo y condicionante inexcusable para que se puedan adoptar las medidas de reestructuración empresarial con incidencia sobre el empleo.

De otro lado, que la autoridad judicial no solamente asume la posición de la Administración laboral en los expedientes de regulación de empleo ordinarios, sino que también desplaza el habitual protagonismo que le debe corresponder al empleador en una situación de normalidad. Desde el punto de vista laboral, la evolución de la actividad productiva queda sustraída a la capacidad de decisión del empleador por lo que refiere a las decisiones claves de gestión de su personal, que se ve suplantado por lo decidido por el propio órgano judicial, directamente como tal el propio Juez o bien de éste a través de los administradores judiciales. Así, insisto, desde el punto de vista laboral se puede afirmar que la empresa se encuentra intervenida judicialmente. En lo que en este momento me interesa hacer hincapié, no hay una disociación entre lo que corresponde controlar al poder público y lo que corresponde asumir como responsabilidad empresarial por parte del empleador, tan habitual en cualquier otro expediente de regulación de empleo, por cuanto que todo a la postre queda asignado a la facultad resolutoria de la autoridad judicial. En definitiva, esa acumulación de la capacidad decisional y de gestión en manos del Juez del órgano judicial acentúa aun más si cabe el resultado de tratamiento unitario buscado con el conjunto del procedimiento concursal.

6.- Ámbito de aplicación de la normativa concursal

Entrando en el análisis pormenorizado de la regulación contenida en la nueva legislación laboral, es obligado aludir al tipo de situaciones de insolvencia a las que se aplica el procedimiento concursal.

Ya adelantamos en su momento que desde el punto de vista subjetivo la LC es de aplicación a todo tipo de empleadores, con independencia de la personificación con la que actúen en el tráfico jurídico. Por tanto abarca al conjunto de los empleadores definidos en el art. 1.2 ET, sean éstos personas físicas o jurídicas, sean comerciantes o no, desarrollen o no una actividad presidida por un objetivo de lucro económico empresarial. Caso de que se trate de una entidad sin personalidad, como sería la hipótesis de una comunidad de bienes expresamente mencionada por el art. 1.2 ET, ha de interpretarse que también es posible que se someta al procedimiento concursal, bien entendido que en tales situaciones quienes **serían** declarados en situación de concurso serían todas y cada una de las personas físicas que integran la referida comunidad de bienes. Recordar igualmente que no podrán ser declaradas en concurso “las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público” (art. 1.3 LC).

El presupuesto común de la declaración del concurso es una empresa que se encuentra en situación de insolvencia del deudor común, interpretándose que se encuentra en estado de insolvencia “el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” (art. 2.2 LC). Más aún, se prevé también que cuando es el deudor quien pone en marcha el procedimiento concursal no **concurra** una efectiva situación actualizada de insolvencia, siendo suficiente que esta se pronostique como inminente, inminencia interpretada como la hipótesis para el deudor de que prevea que “no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones” (art. 2.3 LC), por mucho que hasta ese instante haya logrado dar cumplida satisfacción a los requerimientos de sus acreedores.

Siendo tan amplias las situaciones posibles en las que se presenta esa coyuntura de insolvencia pueden ser muchas las empresas que pueden someterse a este procedimiento y, consiguientemente, serles de aplicación las previsiones relativas a los aspectos laborales de regulación o reestructuración del empleo. En términos orientativos, abarca todas las situaciones precedentes de suspensión de pagos, quiebras, concurso de acreedores, así como otras adicionales de menor dificultad empresarial que hasta el momento presente no se vehiculaban por estos mecanismos mercantiles hasta el presente percibidos por los agentes económicos y sociales como situaciones patológicas límites en la continuidad de una determinada actividad empresarial. Permítasenos, por ello, un pequeño excurso: dado que a partir de ahora los **supuestos** que dan pie a una declaración de concurso no presuponen una situación terminal en la vida de una concreta empresa, las reglas a aplicar en materia laboral no pueden partir de la premisa de que el procedimiento se encuentre necesariamente abocado a los despidos de los empleados de la empresa o a la suspensión de los contratos, pues puede ser posible adoptar medidas de menor gravedad para **la** plantilla de la empresa. En todo caso, a los efectos que interesa resaltar en estos momentos, la relevancia de las reglas contenidas en la LC respecto de los procedimientos de extinciones y suspensiones contractuales son mucho más importantes, por el número de expedientes de regulación de empleo a los que van a afectar, comparativamente con lo que sucedía aplicando la legislación precedente.

No obstante, conviene también aclarar que no toda situación de insolvencia empresarial, en los términos antes definidos, dan pie a la aplicación de las normas laborales de la LC que estamos analizando. En efecto, junto a la situación material de insolvencia del deudor, es imprescindible además que algunos de los interesados (deudor o acreedores) hayan solicitado formalmente ante el órgano judicial el sometimiento a la legislación concursal y que el propio Juez del concurso así lo haya aceptado declarando oficialmente la situación como tal e iniciando cuantos trámites están previstos en la propia LC. En sentido inverso, por muy intensa que sea la situación de insolvencia empresarial si no hay solicitud formal de declaración de concurso de la misma, no podrán aplicarse las normas en cuestión, de modo que cualquier proyecto de reducción de empleo deberá tramitarse conforme a las reglas generales establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto al tipo de despidos que se someten al régimen del concurso, la regulación lo contempla respecto de los que califica como “extinción colectiva”, excluyendo de ámbito los despidos de carácter individual. Dado que la norma no precisa qué haya de entenderse por “extinción colectiva” y cuando no tenga este carácter una determinada resolución contractual, ha de interpretarse que a estos efectos son de aplicación los umbrales cuantitativos previstos en el art. 51 ET; la remisión genérica a la aplicación subsidiaria de la legislación laboral contenida en el art. 64.11 LC es fundamento jurídico suficiente como para interpretar aplicable a estos casos la diferenciación de fronteras entre los despidos colectivos del art. 51 ET y los despidos objetivos plurales por causas empresariales del art. 52.c ET. En otros términos, se someten al régimen especial de la legislación concursal cuantos despidos colectivos sean necesarios realizar por causas económicas, en los términos previstos actualmente en el expediente de regulación de empleo del art. 51 ET y normas reglamentarias de desarrollo.

Desde el punto de vista positivo, afectará a cualquier medida que implique despidos colectivos, comporten estos **tanto el** cierre definitivo de la empresa como continuidad de la misma, por afectarle tan solo de forma parcial. Ya dijimos también con anterioridad, que el art. 51.10 ET hasta ahora refería exclusivamente a las quiebras en las que los síndicos **acordaran** la no continuidad de la actividad empresarial y, por tanto, se fuera a un cierre definitivo de la empresa, mientras que la nueva regulación no presupone el cierre de la misma, con lo que es posible que la normativa de la LC sea aplicable a despidos colectivos parciales, con continuidad de algunos empleados en su actividad laboral.

Desde el punto de vista negativo, la regulación contenida en la LC refiere exclusivamente a lo que convencionalmente se califican como despidos colectivos, con exclusión por tanto de los despidos de carácter individual o plural, aun cuando la causa justificativa de éstos últimos sea igualmente una situación de insolvencia empresarial que ha dado lugar a una declaración judicial de concurso. La normativa prevista al respecto no es lo suficientemente clara al respecto, pues no lo llega a explicitar con el necesario rigor técnico que sería deseable. Sin embargo, aparecen las pistas suficientes como para poder afirmar que en esta materia se traslada con mimetismo la diferenciación prevista en el ET para los despidos por causas empresariales, unos sometidos al procedimiento de regulación de empleo del art. 51 ET, otros al procedimiento del despido decidido directamente por el propio empleador sin control administrativo previo, del art. 52.c ET, por mucho que las causas justificativas de unos y de otros sean idénticas. Con la apelación al calificativo de “colectivo” en varios pasajes del texto legal, en concreto de los arts. 8.2. y 64.2 y 7 LC, así como la mimética transcripción de algunos apartados del Estatuto de los Trabajadores para los despidos colectivos, puede deducirse con facilidad que las reglas contempladas en la LC refieren a los despidos colectivos que superan los umbrales cuantitativos reflejados en el art. 51 ET.

En sentido contrario, que todo el sistema de control previo por el Juez del concurso no es de aplicación a los despidos exigidos por la situación de insolvencia por causas económicas que no superen los referidos umbrales, de forma que es posible aplicar en su totalidad las reglas propias de los despidos objetivos de los arts. 52 y 53 ET. En definitiva, se podrá verificar el despido con la simple entrega al trabajador afectado de la carta de despido, junto con la puesta a su disposición de la indemnización legalmente prevista, sin necesidad de resolución previa por parte del Juez del concurso. La única especialidad en estos casos residirá en que, una vez declarada la situación de concurso, el despido deberá ser acordado y comunicado a los trabajadores por los administradores judiciales nombrados por el Juez, sin que ello puede decidirlo el empleador que, como indicamos se ve fuertemente limitado en su capacidad de gestión de la actividad empresarial y con ella de la gestión de personal.

Supuesto particular se contempla respecto del personal de alta dirección. Para esta singular relación laboral la legislación concursal atribuye expresamente a la administración concursal la posibilidad de extinguir o suspender los contratos de trabajo, bien a iniciativa del deudor o del propio administrador concursal (art. 65.1 LC). Con ello, se sustrae una vez más la capacidad de gestión de la empresa en materia de personal al deudor insolvente, que sólo goza de una facultad de iniciativa, pero remitiendo la decisión última a los administradores sociales. De otra parte, se hace innecesario someterse en estos casos al procedimiento de regulación de empleo

contemplado en el Estatuto de los Trabajadores, que es la situación general prevista en su normativa propia¹⁸. De este modo, se trata de una suspensión o de un despido directos, sin necesidad de articularlo por la vía del procedimiento de consultas y de control judicial previo del art. 64 LC. Caso de que este personal de alta dirección se manifieste disconforme con la decisión suspensiva o extintiva de los administradores podrán interponer la correspondiente acción judicial, cuyo conocimiento corresponderá al Juez del concurso (art. 8.2º LC). En el caso concreto de la suspensión acordada por la administración concursal, el alto directivo podrá extinguir el contrato, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización por despido prevista con carácter general (art. 65.2 LC). Por lo que refiere con carácter general a las indemnizaciones que corresponden en estos casos nos remitimos a lo que diremos en el apartado final relativo a los efectos de las medidas de regulación de empleo.

Mención particular, que también sirve para corroborar la diferenciación precedente, es la regla relativa a los umbrales cuantitativos aplicados también a las resoluciones contractuales efectuadas a iniciativa de los trabajadores (art. 64.10 LC). Es bien conocido que en algunas situaciones de dificultad o crisis empresarial, los propios trabajadores se adelantan a la iniciativa empresarial de despido colectivo, solicitando judicialmente la extinción de sus contratos con base en las causas previstas en el art. 50 ET. En concreto, **solicitan** la extinción contractual los propios trabajadores, basándose en un incumplimiento previo del empleador, por “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado” (art. 50.1.b ET). Lo más relevante a estos efectos es que si el trabajador logra extinguir su contrato por la vía del art. 50 ET obtiene una indemnización superior, la correspondiente a los 45 días de salario por año de antigüedad propia de los despidos improcedentes, respecto de la que le correspondería si el despido se produce a resultas de un expediente de regulación de empleo, en cuyo caso la indemnización legalmente prevista se cifra en 20 días de salario por año de antigüedad. La jurisprudencia hasta el presente venía considerando compatibles ambos procedimientos, en términos tales que si concurre una situación de crisis empresarial el empleador puede poner en marcha **el** procedimiento de regulación de empleo del art. 51 ET, pero si no lo hace y hasta tanto que no lo haga el trabajador está habilitado para poner en marcha el procedimiento resolutorio del art. 50 ET¹⁹. No obstante, se venía interpretando que no era posible acudir a la resolución contractual del art. 50 ET tanto cuando el empresario se encuentra sometido a expediente de regulación de empleo o bien a un procedimiento concursal²⁰.

En este contexto, lo que viene a hacer la LC es utilizar el criterio del umbral cuantitativo para impedir o permitir el uso de la resolución contractual del art. 50 ET respecto del expediente de regulación de empleo (art. 64.10 LC). Los umbrales cuantitativos vienen a coincidir prácticamente con los previstos en el ET para los despidos colectivos; la única diferencia se encuentra en el tercer tramo, el relativo a las empresas que superan una plantilla de 300 trabajadores, en cuyo caso la LC sitúa la frontera en la superación del 25 % de los trabajadores que solicitan la resolución contractual, en tanto que el Estatuto de los Trabajadores lo fija en un número absoluto de 30 trabajadores afectados (art. 51.1.c ET). En concreto, cuando se superen tales

¹⁸ Art. 12 RD 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 agosto), por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección.

¹⁹ STS 25 enero 1999, Ar. 898; en igual sentido auto TS 21 noviembre 2000, Ar. 10303.

²⁰ A. Martín Valverde, F. Rodríguez.Sañudo y J. García Murcia, Derecho del Trabajo, editorial Tecnos, duodécima edición, Madrid 2003,pg. 734,con cita de la sentencia de 12 de mayo de 1988.

umbrales cuantitativos se declara que las resoluciones contractuales tendrán el carácter de extinciones colectivas a los efectos de su tramitación ante el Juez del concurso, no pudiendo por tanto solicitarse la resolución contractual ante el Magistrado de Trabajo. Este último sólo será competente cuando no se superen los umbrales cuantitativos de referencia. Por el contrario, cuando sí se superen los referidos umbrales, el conocimiento se remite al Juez del concurso, una vez más con la voluntad de proceder a un análisis de conjunto y unitario de la materia en cuestión, agrupando en un solo proceso todas las solicitudes de resolución contractual interpuestas por los trabajadores interesados en ello. En todo caso, la previsión legal adolece de la necesaria claridad, pues no es suficientemente preciso tanto en el alcance del cambio de órgano judicial competente para conocer como el régimen sustantivo al que se someten las referidas extinciones contractuales.

Desde luego el cambio principal, o cuando menos el más explícito, consiste en una traslación del conocimiento jurisdiccional desde el Juez de lo social al Juez del concurso en aquellos supuestos en los que se superen los umbrales cuantitativos, de modo que el Magistrado de Trabajo deberá declararse incompetente, tanto a instancia de parte como de oficio, cuando se aprecie que se superan los referidos umbrales. El cómputo de las resoluciones contractuales solicitadas por los trabajadores puede presentarse compleja en la práctica, dando que se trata de demandas individualizadas de resolución contractual que habitualmente se presentarán de forma sucesiva; que para mayor dificultad ese goteo de demandas resolutorias pueden interponerse ante Juzgados de lo Social diferenciados atendiendo a las reglas de competencia territorial previstas en la Ley de Procedimiento Laboral. Para empezar el propio precepto precisa que el cómputo de las resoluciones solicitadas ha de realizarse “desde la declaración del concurso”; de esta forma no se toman en consideración las demandas interpuestas con anterioridad a la declaración del concurso, dado que para las empresas que no se encuentran en tal situación no rigen tales umbrales cuantitativos. De otra parte ha de interpretarse que hasta tanto que no se superen los citados umbrales cuantitativos seguirá siendo competente para conocer el juzgado de lo social, por lo que deberá admitir a trámite cuantas demandas de resolución se interpongan hasta que se superen los topes establecidos; a su vez, a partir de la superación de los límites cuantitativos, las nuevas demandas presentadas ante el juzgado de lo social no podrán ser admitidas a trámite pues deberá declararse incompetente. El dilema se planteará respecto de las demandas ya admitidas a trámite cuando con posterioridad durante la tramitación procesal y antes de concluir el acto de juicio se superan los límites cuantitativos; aunque existan argumentos atendibles a favor de ambos criterios interpretativos, a nuestro juicio, teniendo en cuenta que la incompetencia jurisdiccional constituye una excepción procesal que es alegable por el demandado en el acto de juicio y en el proceso laboral no existe el trámite de contestación a la demanda, puede considerarse que se ha verificado en ese momento una incompetencia jurisdiccional sobrevenida, de forma que sería posible remitir también estas acciones judiciales al Juez del concurso.

Adicionalmente, aunque el precepto expresamente sólo alude al cambio del órgano judicial competente para el conocimiento del asunto, de forma implícita también establece un cambio del régimen jurídico aplicable a las demandas resolutorias interpuestas por los trabajadores. Adviértase sobre todo que el precepto califica de “extinciones de carácter colectivo” a tales demandas resolutorias, términos precisamente con los que se denomina a los despidos colectivos en la nueva legislación concursal (art. 82 y art. 64.1, 2 y 7 LC). Por añadidura el propio art. 64.10 LC indica

que de ese calificativo de “extinción colectiva” deriva que se aplique la tramitación contemplada en el propio artículo, se sobreentiende que para los despidos colectivos. Ello comporta que a partir del instante en que asume la competencia el Juez del concurso para estas acciones procederá a aplicarse todo el conjunto de las reglas propias de los despidos colectivos tramitados a través del expediente de regulación de empleo, tanto las reglas contenidas en la propia LC como las subsidiariamente aplicables contenidas en el ET y disposiciones reglamentarias de desarrollo. En particular ello **comporta someter** estas extinciones también al procedimiento de consulta previa con los representantes de los trabajadores, así como en la hipótesis de acordarse la extinción de los correspondientes contratos aplicarles la indemnización legal para tales supuestos de veinte días de salario por año de antigüedad con un máximo de doce mensualidades (art. 51.8 ET).

Finalmente, por lo que refiere a las suspensiones de las relaciones laborales desde la declaración del concurso, se advierte una cierta discordancia en la exigencia o no de su carácter colectivo respecto de tal medida de reestructuración empresarial. En efecto, mientras que el art. 8.2 y el art. 64.2 LC utiliza el plural del calificativo de “colectivos”, refiriéndolo pues también a las suspensiones, el art. 64.1 y 7 LC utiliza el singular del mismo calificativo de “colectivo”, de modo que en este otro caso lo refiere en exclusiva a la extinción pero no a la suspensión. A nuestro juicio personal, esa disparidad ha **de** decantarse por la segunda de las opciones. Debe recordarse a estos efectos que, a diferencia de los despidos por causas económicas y empresariales, en el caso de las suspensiones el régimen general prevé la necesidad de la autorización administrativa en todo caso, con independencia de que el número de trabajadores afectados sea mayor o menor, incluso si sólo afecta a uno de ellos; no existe para las suspensiones por causas económicas un precepto paralelo o correlativo al art. 52.c para los despidos objetivos plurales por amortización de puestos de trabajo, pues todos **ellos** sin excepción se tramitan por vía del expediente de regulación de empleo²¹. Teniendo presente que la técnica utilizada por la LC es la de sustituir la intervención administrativa por la del Juez del concurso, lo coherente es interpretar que éste último asume la facultad **de** dictar el auto de suspensión del contrato de trabajo debido a la situación de insolvencia empresarial, tanto cuando se trata de suspensiones colectivas como individuales²².

7.- Constatación de la causa justificativa

La regulación contenida en la LC se limita a regular los aspectos de tramitación y de procedimiento de los despidos y suspensiones impuestos por la situación de insolvencia, de modo que no contiene alusión alguna a las causas que pueden justificar la decisión de reducir empleo definitiva o temporalmente.

Una primera explicación del silencio al respecto puede consistir en que el legislador presume que una empresa que se encuentra declarada en concurso, a su vez debida a una situación de insolvencia del empleador, constituye por sí misma causa justificativa, determinante de una situación de dificultad económica como para poder

²¹ Por todos, X. Solá Monells, La Suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, La Ley-Actualidad, Madrid 2002.

²² En el mismo sentido Ríos Salmerón, La Ley concursal..., op. cit., pg.367. García-Perrote Escartín, Aspectos Laborales..., op. cit., pg. 26.

suspender o cerrar definitivamente la actividad empresarial y, con ella, suspender o despedir los correspondientes contratos de trabajo. Si conforme a la definición dada por la propia Ley de la situación de insolvencia, como contexto de imposibilidad de cumplir regularmente el deudor con sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), ello coincide parcialmente con la definición causal del propio art. 51 ET; en concreto, este último entiende que concurren las causas justificativas cuando las medidas propuestas contribuyan “a superar una situación económica negativa de la empresa”.

No obstante, apenas que se profundice mínimamente en los supuestos de hecho que estamos analizando en esta ocasión, se comprueba que el asunto es algo más complejo, sin que puedan efectuarse traslaciones mecánicas. Para empezar, si la situación de insolvencia es definitiva, irreversible y de elevadísimo desequilibrio patrimonial, es posible que la empresa se encuentre abocada a un cierre total con despido de todos los trabajadores de la empresa y, por tanto, en tal caso no puede exigirse que las medidas propuestas vayan enderezadas a la superación de la situación negativa de la empresa, por cuanto que se ha llegado a la previa conclusión de que tal situación resulta insuperable desde la perspectiva del salvamento de la empresa.

De otra parte, aun siendo objetiva y real la situación de insolvencia que ha motivado la declaración del concurso, la misma puede ser de muy diversa intensidad, razón por la cual ha de ponderarse el tipo de medidas laborales que procede acometer y el número de trabajadores afectados por las mismas. En efecto, el punto de partida de la LC es que la situación de insolvencia no determina automáticamente ni la suspensión ni la extinción de los contratos de trabajo; por el contrario, lo que se afirma expresamente es que “la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que vinieran ejerciendo el deudor” (art. 44.1 LC); y, en correspondencia con lo anterior, que “la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte” (art. 62.2 LC).

Precisamente lo que hace la LC es someter las propuestas de regulación de empleo al previo control del Juez del concurso, en términos tales que la resolución judicial a través de auto, sustituye a la intervención autorizatoria administrativa, por lo que no es una estricta actividad jurisdiccional, en el sentido de una aplicación mecánica del presupuesto legal al caso concreto. Se trata de una intervención de ponderación de la gravedad de la insolvencia, así como de los intereses en juego, incluida la valoración de la posible superación de la situación de crisis empresarial; en definitiva, una decisión con ciertos rasgos de discrecionalidad, en la medida en que debe entrar en el análisis del contexto completo de la insolvencia empresarial y las medidas más oportunas para afrontarla, incluida la necesidad o no de acometer una reducción de empleo. La propia LC sigue utilizado el calificativo de “expedientes” para este tipo de procedimiento, expresión más propia de una actuación de la Administración Pública que de un órgano judicial, pero que es exponente suficiente para reflejar una voluntad legislativa de que la traslación de la competencia de lo administrativo a lo judicial se efectúe con pervivencia de la finalidad y alcance de la intervención del poder público en este tipo de medidas laborales. Todo lo anterior se materializa, por ejemplo, como detallaremos más adelante en la documentación exigida en el inicio del procedimiento para justificar la concurrencia de las causas justificativas de las medidas propuestas (art. 64.4 LC).

En concreto, recuérdese que una de las hipótesis de la declaración de concurso a iniciativa del deudor es que éste no se encuentre en una situación de insolvencia en el momento presente, bastando con que se pueda presentar a su juicio de forma inmediata, por vía de lo que la norma denomina “insolvencia inminente” (art. 2.3 LC). Por contraste, tradicionalmente a las causas de despido colectivo se les ha exigido que en ellas concurra el elemento de tratarse de una crisis “actual”²³. En estos términos, si se trata de este tipo de declaraciones de concurso, los mismos tienen **un** carácter meramente **preventivo**, dirigidos exclusivamente a proteger el patrimonio empresarial frente a cierto tipo de prácticas de ejecución judicial de los acreedores y, por tanto, con vistas a salvar los bienes afectos al **proceso** productivo. En definitiva, pueden presentarse situaciones de concurso en las que no sea necesario adoptar medidas concretas de regulación de empleo.

Más aún, incluso allí donde la situación de insolvencia se encuentre plenamente actualizada y sea poco razonable forzar un mantenimiento ficticio de los puestos de trabajo, que sólo va a provocar **un** empeoramiento de la situación patrimonial de la empresa, la necesidad de adoptar medidas de regulación de empleo requerirá una ponderación de su intensidad. Habrá de estudiarse si la intensidad de la insolvencia es meramente **transitoria**, pudiendo ser suficiente con medidas de suspensión contractual o por el contrario requieren de despidos colectivos; habrá que valorar en qué medida es posible una transmisión de los bienes afectos al proceso productivo y con ello garantizar la continuidad de algunos trabajadores, si bien lo sean **mediando** una subrogación contractual por parte del adquirente de tales bienes; será oportuno ponderar la intensidad de la crisis, si **ésta** permite un salvamento parcial de la empresa y con ello cual haya de ser el número razonable, más o menos elevado, de despidos que se tengan que producir.

En suma, todo el procedimiento judicial se encuentra inmerso en la filosofía general del expediente de regulación de empleo, de efectuar a través del mismo un diagnóstico lo más certero posible de la situación de insolvencia de la empresa, las expectativas de salvamento de la empresa y la necesidad mayor o menor de acometer despidos o suspensiones de los contratos de trabajo. El principio de proporcionalidad es una de las herramientas de trabajo capitales a los efectos de acertar en la decisión que corresponda. En resumen, la intensidad de las medidas se encuentra en relación directa con las intensidad de las causas.

8.- La tramitación del procedimiento de regulación de empleo

Como hemos venido aludiendo en apartados anteriores, más allá de la atribución al Juez del concurso de la competencia resolutoria de la propuesta de regulación de empleo, todo el procedimiento establecido en el art. 64 LC bebe de las fuentes del expediente de regulación de empleo contemplado en el Estatuto de los Trabajadores y normativa reglamentaria de desarrollo. En unos casos es el resultado de los imperativos comunitarios, también analizados con precedencia, que sobre todo imponen el trámite de información y consulta incluso cuando los despidos son resultado de una decisión judicial, tal como sucede aquí con los empleadores declarados en situación de concurso. En otros casos es el resultado de una libre decisión del legislador concursal, si bien lo

²³ Cfr. J. Cruz Villalón, Los despidos por causas económicas y empresariales, editorial Tecnos, Madrid 1996, pg. 26. También en El Estatuto de los Trabajadores comentado, editorial Tecnos, Madrid 2003, pgs. 676-677.

haya sido a impulso de ciertas reclamaciones de convergencia de su normativa con la común laboral prevista en el texto estatutario. En todo caso, sean cuales sean las motivaciones o fundamentos determinantes de ello, lo cierto es que es obligado hacer hincapié en ese modelo de fuertes concomitancias y similitudes con la regulación laboral común. Y es obligado partir acentuando esa proximidad de regulación, por cuanto que tal criterio nos debe servir igualmente de pauta interpretativa de las dudas en las cuestiones discutibles de la redacción legal y, sobre todo, nos debe servir de orientación básica a la hora de cubrir las lagunas jurídicas en la regulación concursal, pues por mucho que el art. 64 LC sea un precepto extenso y prolijo no atiende ni mucho menos a la regulación mucho más premiosa y detallada del texto estatutario. Consciente de sus propias carencias, es el propio art. 64 LC el que en su último apartado contiene una expresa remisión a la legislación laboral “en lo no previsto en este artículo”.

8.1. Sujetos legitimados para iniciar el procedimiento

Por lo que refiere a la iniciación del expediente de regulación de empleo, la norma formalmente le reconoce la facultad de solicitar del Juez del concurso la suspensión o extinción colectiva de los contratos a tres sujetos: la administración concursal, el deudor o los representantes de los trabajadores. En términos comparativos con la regulación general estatutaria se **pueden** efectuar las siguientes consideraciones de similitud o diferenciación.

Ante todo, lo más llamativo y novedoso es la atribución a la administración concursal de esta facultad de poner en marcha el proyecto de regulación de empleo. Es el resultado lógico de encontrarse la empresa en situación de concurso, lo que implica la designación por el Juez del concurso de unos administradores judiciales, que asumen un papel destacado en el devenir del patrimonio del deudor. Si bien en el caso de concurso voluntario, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 40.1 LC), a efectos de la evolución de su plantilla queda sometido a un intenso control por parte de los administradores judiciales. Con mucho mayor fundamento sucede así para los casos en los que se decide la intervención y, a resultas de éstas se suspenden las facultades de administración y disposición del deudor, pues en estos casos la administración concursal adopta las medidas necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (art. 44.3 LC). En todo caso, se trate de un tipo u otro de concurso, sea un concurso voluntario o necesario, expresamente a la administración concursal se le atribuye esta facultad de solicitar al Juez del concurso la suspensión o extinción de los contratos de trabajo; y, lo más relevante a los efectos que nos interesan, se trata de una facultad de todo punto autónoma, con independencia por tanto de cual sea la voluntad o el criterio del deudor, a quien ni siquiera están obligados a consultar los administradores judiciales para tomar este tipo de medidas. No obstante, en la práctica aplicativa de la norma y aunque formalmente la facultad jurídica no difiera en uno y otro caso, lo razonable es presumir que la iniciativa de la administración concursal se producirá casi siempre cuando se trate de un concurso necesario, quedando en segundo plano cuando se trate de un concurso voluntario.

El segundo de los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento es el deudor, es decir, en terminología laboral el empleador. Es justamente el sujeto que en la regulación común estatutaria está contemplado como la parte que por excelencia efectúa

la propuesta de despido colectivo (art. 51.2 ET) o de suspensión de la relación laboral (art. 47.1 ET). Aun cuando en las situaciones de concurso el deudor ve controlada o limitadas sus facultades de administración de su actividad profesional o empresarial, para el caso concreto de la propuesta de regulación de empleo la legislación concursal se la reconoce ampliamente, en la medida en que se trata de una mera facultad instrumental de puesta en marcha del procedimiento. Por ello, al no fijar distinción alguna el precepto de referencia en el reconocimiento de esta facultad al deudor (art. 64.2 LC), ha de interpretarse que la misma la podrá ejercer en cualquier tipo de situación concursal, tanto si se trata de un concurso voluntario como de un concurso necesario²⁴. Por tanto incluso cuando en este segundo caso el deudor vea **suspendidas** las facultades de administración (art. 40.2 LC), asumiendo la administración concursal la gestión directa de la actividad empresarial, también podrá el deudor formular la solicitud de regulación de empleo. Eso sí, en correspondencia con lo que indicamos anteriormente, en la práctica y más allá de lo formalmente previsto, lo previsible es que el deudor adopte esta medida más habitualmente cuando se trate de un concurso voluntario y más excepcionalmente cuando se trate de un concurso necesario. En todo caso, mucho más relevante es que la actuación del deudor queda muy limitada en el texto de la Ley, pues la misma se ciñe exclusivamente a poner en marcha el procedimiento de regulación de empleo, pudiendo afirmarse que a partir de ese instante desaparece del panorama, careciendo de todo protagonismo sucesivo en la tramitación del expediente; a partir de ese instante el interlocutor básico a efectos de la defensa del patrimonio empresarial y de la continuidad de la actividad productiva será la administración concursal y no el empresario como suele ser la regla en los expedientes de regulación de empleo que se tramitan conforme al procedimiento del Estatuto de los Trabajadores.

El tercero de los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento son los trabajadores a través de sus representantes. La LC concursal sitúa a los representantes de los trabajadores en posición de paridad con la administración concursal, de modo que pueden efectuar la solicitud de regulación de empleo en cualquier caso, respecto de cualquier medida de reestructuración empresarial y con independencia de la gravedad de la crisis empresarial. Ello ya constituye una primera singularidad respecto de la regulación estatutaria ordinaria, pues en esta otra para empezar la iniciativa de los representantes de los trabajadores tan sólo se contempla respecto de los despidos colectivos, pero no se recoge respecto de la suspensión del contrato de trabajo²⁵. Además, cuando se le reconoce esta legitimación a los representantes en el caso de los despidos colectivos se hace de manera excepcional para aquellas situaciones en las que racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 51.9 ET); en el caso, por el contrario del empleador declarado en situación de concurso, la legitimación de los representantes de los trabajadores es incondicionada, pudiendo efectuar la propuesta por tanto en todo caso; en cierto modo, se presume que por sí misma la situación de insolvencia que ha motivado la declaración de concurso es de la suficiente gravedad

²⁴ “El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario” (art. 22 LC).

²⁵ J. Cruz Villalón, Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas, en AA. VV., El régimen del despido tras la reforma laboral, editorial Ibidem, Madrid 1995, pgs. 321.322. Solá Monells, La suspensión del contrato de trabajo..., op. cit., pgs. 253 ss, con cita de las posiciones doctrinales que defienden el criterio opuesto.

como para no exigirles a los representantes de los trabajadores nada más y, con ello, poder iniciar el procedimiento en posición de paridad con el deudor y con la administración concursal. Por otra parte, esta legitimación se atribuye genéricamente a los representantes de los trabajadores, sin precisar la norma concursal quienes sean éstos; a tal efecto, ha de interpretarse que la LC implícitamente se remite una vez más a las representaciones colectivas reconocidas como interlocutores de los trabajadores ante la dirección de la empresa; es decir, por tales representantes habrá de entender indistintamente tanto a la representación unitaria (comités de empresa y delegados de personal) como a la representación sindical (secciones y delegados sindicales).

Por último, en la formalidad del precepto cuando atribuye la iniciativa de la solicitud a los trabajadores, tal como acabamos de referir, se hace con estricta y directa atribución de la facultad como tal a los representantes de los trabajadores. Ello supondría interpretar que *a sensu* contrario el precepto le niega toda capacidad de iniciativa del procedimiento a los trabajadores directamente; éstos, o bien excitan la facultad de solicitud de los representantes, o bien carecerían de posibilidad alguna de poner en marcha el procedimiento de regulación de empleo. A pesar de ello, es la propia norma concursal la que indirectamente está abriendo un portillo fácil para que los propios trabajadores directamente y al margen de sus representantes puedan también incoar el procedimiento concursal, por mucho que expresamente no esté así previsto en el lista de los tres sujetos mencionados por el apartado 2 del art. 64 LC que venimos comentando. En efecto, junto a este apartado 2, también es obligado traer a colación el apartado 10 del mismo art. 64 LC ya comentado. Recordar que este otro apartado califica como extinción de carácter colectiva, sometida por tanto plenamente al procedimiento de regulación de empleo las acciones individuales de los trabajadores solicitando la resolución contractual al amparo del art. 50.1.b ET, alegando falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Pues bien, ahora, desde la perspectiva que estamos analizando, bastaría con que un grupo de trabajadores que superaran los umbrales cuantitativos fijados en ese art. 64.10 LC interpusieran conjuntamente una demanda de resolución contractual con esta alegación, para que por sí solos pusieran en marcha el procedimiento de regulación de empleo, insisto sin necesidad de intermediación en este caso de la intervención de los representantes legales o sindicales de los trabajadores. En definitiva, por este procedimiento, se puede afirmar que existe un cuarto sujeto legitimado para solicitar la iniciación el procedimiento, junto a los tres expresamente mencionados por el art. 64.2 LC: los trabajadores directamente. Eso sí, para este concreto supuesto es imprescindible que la situación de insolvencia empresarial sea de tal gravedad que esté provocando un impago o retraso reiterado de las retribuciones debidas a los trabajadores.

8.2. Presupuestos de la iniciación del procedimiento

Para que los sujetos antes referidos puedan presentar ante el Juez del concurso la solicitud de iniciación del procedimiento de regulación de empleo, la norma de referencia exige que se den determinadas circunstancias materiales, aparte del cumplimiento de otras formalidades por parte de quienes lo incoan.

En cuanto a las circunstancias materiales, ante todo se exige como presupuesto que con carácter previo se haya presentado la solicitud de la declaración de concurso. Este es el requisito que formalmente se recoge en la letra del apartado de arranque del

precepto en cuestión (art. 64.1 LC), aunque una lectura contextual del mismo en todo el marco de la regulación concursal muestra inmediatamente que el mismo resulta totalmente insuficiente. En efecto, de **hecho**, y aunque no lo contemple expresamente la norma de rigor, resulta igualmente imprescindible que, además de la presentación de la solicitud del concurso, ésta sucesivamente haya venido acompañada del auto judicial de declaración del concurso, así como la designación y aceptación de los administradores concursales²⁶. La mera solicitud del concurso es insuficiente, pues hasta tanto que el Juez no admite a trámite la misma dictando auto de declaración del concurso, el mismo como tal no existe y, por tanto, no pueden aplicarse los procedimientos establecidos para el mismo, entre ellos, el relativo a la regulación de empleo. Claramente es necesario también que el Juez del concurso haya designado a los administradores concursales, de un lado por cuanto que estos van a ser en las más de las ocasiones quienes pongan en marcha el procedimiento de regulación de empleo; pero incluso cuando la incoación del procedimiento se efectúe por cualquiera de los otros sujetos legitimados para ello, uno de los trámites sucesivos inmediatos será la apertura del período de consulta que, como veremos debe efectuarse con la administración concursal, por lo que ello será inviable hasta tanto el Juez la haya designado. Por otra parte, el segundo de los presupuestos que veremos a continuación también requiere de la previa designación de los administradores concursales.

No obstante, la mención a la fecha de presentación de solicitud del concurso por parte del art. 64.1 LC no puede valorarse como un error del legislador, pues se establece intencionadamente a un muy relevante efecto. En concreto, lo que viene a indicar en negativo el referido apartado es que a partir de la fecha de la solicitud del concurso, no pueden ponerse en marcha nuevos expedientes de regulación de empleo a los que se les aplique la legislación laboral general del Estatuto de los Trabajadores; a partir de ese instante, cualquier propuesta de despido o suspensión deberá articularse por el procedimiento de la LC; por tanto, esa fecha es la que marca la asunción competencial de la materia por parte del Juez del concurso, en detrimento de la general asumida por la Administración laboral. A *sensu contrario*, ha de interpretarse que sí que se mantiene la eficacia de la tramitación de los expedientes de regulación de empleo conforme al procedimiento estatutario, que se hubieran iniciado con anterioridad al momento de la presentación de la solicitud del concurso.

De forma adicional se requiere como segundo presupuesto que, con carácter previo a la solicitud de inicio del procedimiento de regulación de empleo, se haya presentado por la administración concursal el informe acerca de las actividades económicas del deudor, de su situación patrimonial y de las primeras actuaciones de la propia administración concursal (art. 64.3 LC en relación con el art. 75 LC). El plazo de presentación de este informe es de dos meses, prorrogable por el Juez del concurso por otro mes más, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de los administradores concursales (art. 74 LC), plazo que juega por tanto también para poder presentar la solicitud de iniciación del procedimiento de regulación de empleo.

No obstante lo anterior, la propia norma abre una posibilidad de excepcionar esta demora de meses en la presentación de la solicitud, cuando la situación de insolvencia

²⁶ Caso de que se produzca oposición del deudor la declaración de concurso se puede llegar a demorar hasta 19 días desde la solicitud por los interesados (arts. 13 ss LC); la designación de los administradores se produce en el mismo auto de declaración del concurso (art. 21.1.2º LC) y su aceptación dentro de los cinco días siguientes a su notificación (art. 29.1 LC).

se presenta con elevada intensidad en su gravedad. En concreto, se exceptúa de la necesidad de esperar a la presentación del informe de la administración concursal cuando se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al Juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso (art. 64.3 LC). Obviamente, corresponde al propio Juez del concurso valorar en qué medida concurre efectivamente esa situación de gravedad que puede comprometer la continuidad de la empresa y, en función de su criterio, decidir si admite o no a trámite la solicitud de iniciación del procedimiento de regulación de empleo.

8.3. La formalización de la solicitud

La solicitud de inicio del procedimiento de regulación de empleo, como ya hemos indicado, se presenta ante el Juez del concurso (art. 86 ter.1.2º LOPJ). A estos efectos ha de tenerse en cuenta que a los jueces de lo mercantil competentes, como regla general, se les reconoce jurisdicción en la provincia en cuya capital tienen su sede (art. 86 bis LOPJ). Ello supone fácil identificación cuando se trata de una empresa cuya actividad se ciñe al ámbito provincial, pero necesidad de reglas de delimitación de la competencia territorial cuando desborda el citado ámbito provincial. La regla general al respecto es que, con vistas a garantizar el tratamiento unitario de todas las fases del concurso, asume la competencia de toda la materia el mismo Juez que recibe la solicitud de declaración del concurso (art. 64.1 LC). A su vez, es Juez competente para recibir la solicitud de declaración del concurso aquel en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses, o bien en su caso a elección del acreedor solicitante el domicilio social de la persona jurídica (art. 10.1 LC).

Por lo que refiere a los requisitos formales de la solicitud, la norma concursal es bastante escueta, limitándose a establecer que la solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación (art. 64.4 LC). Las dudas principales a estos efectos se **suscitan** respecto del tipo de documentación que se le exige formalmente al solicitante, junto con la solicitud presentada al Juez. En concreto, con esa referencia a los “documentos necesarios” está por adivinar si ha sido voluntad del legislador conceder al solicitante una amplia libertad de selección de la documentación que debe acompañar, o por el contrario existe una implícita remisión a otros textos jurídicos, donde sí que existe una precisión minuciosa y detallada de la concreta documentación que se debe adjuntar. Esos otros preceptos serían, caso de tratarse de una propuesta de despidos o de suspensión el art. 6 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo²⁷. A nuestro juicio, si el legislador hubiera deseado efectivamente imponer la presentación de una documentación tan completa como la que se recoge en el citado art. 6 RD 43/1996 lo hubiera hecho así o bien se hubiera remitido a la legislación laboral general como ha hecho en otras variadas ocasiones a lo largo del texto concursal. De este modo, la mención a la documentación necesaria no cumple otra función que la de otorgar libertad de criterio de lo que se debe adjuntar al solicitante y, al propio tiempo, por vía del

²⁷ RD 43/1996, de 19 de enero (BOE 20 de febrero).

silencio excluir la exigencia del listado documental impuesto por el referido art. 6 RD 43/1996. La diferencia en esta ocasión puede explicarse, aunque sólo en parte, en razón de que cuando se presenta la solicitud ya se encuentra en poder del Juez del concurso el informe de diagnóstico de la situación del deudor presentado por la administración concursal (arts. 74 ss LC); documento que se presume de enorme prolijidad y profundidad. No obstante, tal documento puede resultar insuficiente por varias razones: por cuanto que en determinadas situaciones se autoriza a la presentación de la solicitud de iniciación del procedimiento con anterioridad a la entrega del informe de los administradores concursales; de otra parte, por cuanto que los sujetos legitimados para la presentación de la solicitud de regulación de empleo pueden ser sujetos diversos a los administradores concursales (deudor, representantes de los trabajadores) y éstos pueden formular una valoración **diversa** de la que pueda constar en el informe de los propios administradores; por cuanto que ese informe de los administradores es de mero diagnóstico general de la situación de la empresa, en tanto que aquí se trata de establecer la relación de causalidad entre las concretas medidas de regulación de empleo propuestas y las causas que las justifican. Finalmente, el dato a mi juicio más influyente de esta documentación refiere al hecho de que la documentación presentada no tiene la exclusiva finalidad de ilustrar al Juez del concurso acerca de la propuesta de los solicitantes respecto de la regulación de empleo que se estima necesaria, sino que adicionalmente constituye un instrumento clave para el sucesivo desarrollo de las consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores; la posibilidad de que tales consultas sean efectivas y puedan desembocar en el objetivo perseguido de lograr un acuerdo entre las partes va a estar fuertemente condicionada por la documentación que se aporte en estos momentos iniciales. Por todas estas razones, hubiera sido deseable una mayor precisión en el detalle de la documentación que se estima necesario presentar junto con la solicitud.

En todo caso, lo que no dice expresamente el precepto de la norma concursal, pero ha de interpretarse por lógica que es imprescindible que conste en la solicitud, es la precisión de la naturaleza e intensidad de las medidas colectivas propuestas. En particular, dado que en el fondo nos enfrentamos a un proceso judicial y, a los efectos de no provocar indefensión en la contraparte, es de todo punto necesario que en ese documento se concrete el *petitum* del solicitante. Cuando menos esa propuesta debe contener: primero, el tipo de medidas que se quieren adoptar, con explícita alusión a modificaciones, suspensiones y/o extinciones de contratos de trabajo; segundo, los trabajadores que vayan a ser afectados por las medidas propuestas, con individualización nominativa de estos, con precisión de los criterios tenidos en cuenta para designar a tales trabajadores. En definitiva, por analogía, lo exigido por el art. 7 RD 43/1996.

Por lo demás, lo que sí se exige expresamente es que, en determinados supuestos, junto con la solicitud se acompañe un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.5 LC). No es propiamente el plan de viabilidad exigido en la legislación general en el art. 6.1.c RD 43/1996, aunque se aproxima en cierto modo al mismo. En el caso concreto de las situaciones concursales lo único que se viene a exigir es **una** previsión de **qué** efectos se considera que van a tener las medidas de regulación de empleo sobre la continuidad futura de la actividad empresarial y del empleo; mientras que los planes de viabilidad propiamente **dichos** van muchos más allá de ello, por cuanto que como indica su propia denominación se trata de un “plan de acompañamiento social”, en el

sentido de precisar que otras medidas complementarias a la mera reducción de empleo se piensan adoptar con vistas a garantizar la continuidad de la actividad empresarial y de su empleo con la **plantilla** que permanece. También desde este punto de vista es criticable la opción legislativa de la legislación concursal, por cuanto que si se trata de adoptar medidas de despidos colectivos parciales con vistas al salvamento de la empresa, parece más que oportuno diseñar un mínimo plan estratégico de actuación de futuro que de garantías de fiabilidad a la propuesta que se formula.

En otro orden de cosas, como hemos indicado este otro documento relativo a la viabilidad futura de la empresa, tan sólo es necesario presentarlo en ciertos supuestos; en concreto, se exige allí cuando las medidas propuestas afecten a más de 50 trabajadores. Aunque comparativamente con la exigencia del plan de viabilidad del art. 6.1.c RD 43/1996 hay similitudes, por referir ambos a un umbral de 50 trabajadores, sin embargo en esta ocasión también se aprecia una significativa diferencia. En efecto, en la regulación general del RD 43/1996 los 50 trabajadores van referidos a la dimensión total de la plantilla de la empresa, mientras que en el caso de la legislación concursal se refieren tan sólo al número de trabajadores afectados por la medida propuesta por los solicitantes, de modo que ello supone que el umbral se eleva de formal palpable en el caso de las situaciones concursales. Eso sí, por trabajadores afectados ha de entenderse a todos cuantos vayan a experimentar algún tipo de cambio en su situación profesional, puesto que el precepto en cuestión refiere tanto a propuestas de despido o de suspensión, como igualmente de modificación sustancial de condiciones de trabajo; es, pues, a todo el conjunto de los trabajadores afectados por cualquiera de las medidas previstas como posibles en el precepto a los que han de contabilizarse para cuantificar la superación o no del umbral de los 50 trabajadores afectados.

8.4. El período de consultas-negociación

A semejanza de lo que sucede con el expediente de regulación de empleo en el régimen estatutario, la legislación concursal también arranca y otorga un papel central al período de consulta con los representantes de los trabajadores. Una vez presentada la solicitud al Juez del concurso, éste la primera medida que ha de adoptar es precisamente convocar a las partes para que se desarrolle este período de consultas (art. 64.5 LC). Como ya indicamos, la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, a partir de su reforma de 1992, incorpora en su ámbito también a los que se producen como resultado de una decisión judicial, lo que implica sobre todo que en estas situaciones concursales también **sea** obligado por imperativo comunitario el sometimiento al período de consultas. Incluso debe advertirse que la regulación concursal generaliza a todos los supuestos la necesidad del período de consultas, con independencia de cual sea el origen de la iniciativa de la regulación de empleo propuesta. En concreto, en el modelo estatutario de expediente de regulación de empleo, el período de consultas se omite como trámite obligado en el caso de que la propuesta provenga de los representantes de los trabajadores (art. 51.9 ET y art. 7 RD 43/1996)²⁸, mientras que en las situaciones

²⁸ En este sentido, F. Fuentes Rodríguez, procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos, en AA. VV. (Cruz Villalón coord.), Los despidos por causas..., op. cit., pg. 184. J. J. Fernández Domínguez, Expedientes de regulación de empleo, editorial Trotta, Madrid 1993, pgs. 106-107. J. G. Göerlich Peset, La iniciación del procedimiento de regulación de empleo por los representantes de los trabajadores: nuevos y viejos problemas, RTSS nº 14 (1994), pgs. 18-19. En sentido contrario, F. Navarro Nieto, Los despidos colectivos, editorial Civitas, Madrid 1996, pg. 206. J. L. Monereo Pérez y J.

concursoales también se exige el período de consulta para estos casos (art. 64.5 LC en relación el art. 64.2 LC). Algunos autores han aducido la imperiosa necesidad del respeto al período de consultas en el modelo estatutario en atención a los condicionantes impuestos por la Directiva sobre despidos colectivos; sin embargo, en estos casos entendemos que la Directiva no resulta de aplicación cuando se trata de adoptar una medida cuando la extinción se produce como resultado de una denuncia de los trabajadores, supuesto que es el que precisamente concurre en este caso²⁹. En definitiva, para las situaciones concursales sí que se presenta una significativa novedad pues la normativa concursal sí que exige en todo caso el sometimiento al período de consultas cuando la iniciativa es de los representantes de los trabajadores.

La principal especialidad en este caso es que las consultas tienen por interlocutor a la administración concursal, con quien habrá de tratar la representación de los trabajadores, mientras que en el modelo estatutario es el empresario. En las situaciones concursales, por tanto, el empleador como deudor en concurso, queda totalmente postergado, sustrayéndosele de toda capacidad de negociación con los representantes de los trabajadores. Tal como se encuentra redactado el precepto, esa exclusión refiere a todas las situaciones concursales, en concreto también se produce cuando se trate de un concurso voluntario. Conviene recordar que en el caso de concurso voluntario el empleador, como regla general, conserva las facultades de administración de su patrimonio, incluida por tanto la gestión de su actividad profesional y empresarial (art. 40.1 LC). Sin embargo, para adoptar medidas que trascienden la gestión cotidiana y que consisten precisamente en medidas colectivas de regulación de empleo, no solamente ello debe pasar por el tamiz de la decisión judicial, sino que en las fases previas de consultas y negociación con los representantes de los trabajadores, se desplaza por completo al empresario-deudor, sustituyéndose por la administración concursal. Y desde este punto de vista, la administración concursal asume a todos los efectos la posición del empleador en lo que sería el régimen del expediente de regulación de empleo en el modelo estatutario.

A pesar de ello, alguna repercusión puede tener ese cambio subjetivo en las partes que protagonizan la consulta. Ante todo, por mucho que desde el punto de vista formal lo único que haga la norma es sustituir a la persona del empresario-deudor por la administración concursal, asumiendo ésta la posición de aquél, se trata de sujetos diferentes no sólo en lo formal sino también en lo material. La administración concursal en estos casos no se convierte en un representante del empresario en el proceso de consultas, pues el mismo ha sido designado directamente por el Juez del concurso y por tanto su actuación lo es en calidad de representante del órgano judicial. Dicho de otro modo, los intereses y objetivos que ha de defender y perseguir la administración no se identifican con los propios del empresario, tanto cuando la empresa se encuentra intervenida judicialmente como cuando el empresario conserva la administración ordinaria de la actividad empresarial. La administración concursal es designada por el Juez para gobernar el concurso, en ningún caso para atender a un interés propio, sino por el contrario para actuar buscando un equilibrio de los diversos intereses en juego: empresario-deudor, acreedores de diversa naturaleza, trabajadores de la empresa. No actúa, pues, en defensa del interés patrimonial del empresario ni tampoco de los acreedores del mismo. Precisamente por ello, se establece una incompatibilidad absoluta

A. Fernández Avilés, *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, editorial Aranzadi, pgs. 225-226.

²⁹ Cruz Villalón, *La aplicación de la Directiva...*, op. cit., pgs. 39-40.

para ser administrador de aquellas personas que hayan prestado cualquier tipo de servicios profesionales en el pasado para el empresario-deudor (art. 28.1 LC). De otra parte, es cierto que uno de los administradores será un acreedor (art. 27 LC), pero es obvio que la administración concursal funciona al modo de un órgano colegiado, donde los otros miembros tienen una extracción técnica y, por supuesto, neutral en cuanto a los intereses en juego. A mayor abundamiento, la administración concursal no actúa como una instancia de defensa de los intereses de los acreedores, cuando menos si partimos de la conclusión formulada en apartado precedente relativa al equilibrio pretendido en el procedimiento de concurso entre la satisfacción del créditos de los acreedores y el salvamento de la empresa.

Las consideraciones precedentes no tienen un alcance meramente teórico o filosófico, que permite la diferenciación de actitudes del empresario y de la administración concursal. Además de eso, tiene una repercusión directa sobre las posiciones que puede y debe adoptar la administración concursal en el desarrollo del período de consultas. El ejemplo más evidente de ello se puede presentar en aquellas ocasiones en las que la propuesta de adoptar medidas de regulación de empleo provenga del propio empresario, siendo éste quien presenta la documentación correspondiente, precisando las causas que lo motivan y el tipo concreto de medidas que se desean adoptar. En estos casos, el período de consultas también se desarrolla con la administración concursal y, desde luego, ésta no puede considerarse condicionada por el contenido de la propuesta empresarial; en estos casos, la administración concursal no es un interlocutor que **actúe** en nombre del empresario, sino que tiene sus propios criterios y valoración de lo que debe hacerse en la coyuntura en la que se encuentra el patrimonio empresarial. Por ello, no es descartable que considere innecesarias de todo punto las medidas propuestas por el empresario, con lo que se abortaría desde ese instante la continuidad del procedimiento de regulación de empleo; o bien puede entender que las medidas a adoptar deben ser de distinta naturaleza o entidad. Incluso es posible que entienda que las medidas que proceden han de ser de superior intensidad a las propuestas por el empresario. Por todo ello, en estos casos en los que la iniciativa la adopta el empresario, hubiera sido razonable que la normativa concursal hubiera contemplado la necesidad de que las consultas con los representantes de los trabajadores comenzaran con la presentación por parte de la administración concursal de algún tipo de documento escrito en el que expusiera cual es su posición concreta respecto de la propuesta inicialmente formulada por el empresario. Incluso podría defenderse como interpretación de *lege data* que algo de ello deriva como necesario del principio **impuesto** expresamente en la norma de que la negociación durante el período de consultas se desarrolle conforme a la buena fe contractual y que el objetivo de la negociación es el de lograr un acuerdo.

Más aún, la disparidad de posiciones entre empresario y administración concursal se puede mostrar también en aquellos casos en los que quien inicia el procedimiento es la propia administración concursal. Insistimos en que ésta no está designada por el Juez ni para defender los intereses patrimoniales del empleador ni los correspondientes intereses económicos de los acreedores. Debe moverse en la búsqueda de la solución más razonable, que atienda a todos los intereses en juego, buscando el más adecuado equilibrio entre todos ellos y, en particular, tomando en consideración también las posibilidades de salvamento de la empresa por vía de la continuidad de la actividad productiva. Naturalmente su posición será necesariamente enfrentada a los intereses de los trabajadores, pues estos tienen sus propios representantes que les

defienden en el período de consultas, pero desde luego su actuación desde un punto de vista jurídico no puede asimilarse a la que es propia del empleador en un expediente de regulación de empleo sometido al régimen del Estatuto de los Trabajadores.

De otra parte, esa singular posición jurídica en el procedimiento de la administración concursal, también puede llegar a incidir sobre el contenido de lo negociable y el alcance de lo que puede llegar a pactar con la representación de los trabajadores, pues una vez más insistimos la administración no actúa como *alter ego* del empresario. De un lado, la administración concursal no es el titular jurídico del patrimonio de la empresa, por lo que sus facultades de disposición están mediatizadas por la designación del órgano judicial y de las concretas potestades que le haya otorgado la normativa concursal. De otro lado, en los supuestos en los que la empresa no se encuentra intervenida judicialmente, el empresario conserva en principio sus facultades de administración de su patrimonio y de gestión de la empresa. Indiscutiblemente, si la Ley atribuye a la administración concursal la condición de interlocutor en el período de consultas y, por derivación, le faculta para alcanzar un acuerdo que va a tener valor vinculante jurídicamente, es justamente porque el legislador conscientemente ha deseado otorgarles efectivos poderes de disposición, particularmente por lo que refiere al empleo y a las condiciones de trabajo de la plantilla de trabajadores de la empresa. Eso sí, lo que se le reconoce formalmente es exclusivamente eso y no más. Debe recordarse a estos efectos que, en muchas ocasiones, en el curso de los períodos de consultas de los expedientes de regulación de empleo y, en aras de lograr el consenso de la representación de los trabajadores, se ofrecen a los trabajadores cierto tipo de contrapartidas respecto de las futuras condiciones de trabajo de los que permanecen o bien respecto de compensaciones económicas a quienes pierden su empleo. Lo primero es posible que sea más fácil de encajar dentro de las facultades atribuidas a la administración concursal, en la medida en que el art. 64 LC integra en el procedimiento no sólo medidas colectivas suspensivas y extintivas, sino también medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Lo segundo puede resultar más discutible, y dependerá en cada caso de la intensidad de las facultades asumidas por la administración en cada concurso, particularmente según que la empresa se encuentre o no intervenida³⁰.

En cuanto a los aspectos formales, las consultas se ponen en marcha a tenor de un emplazamiento formal por el Juez del concurso a las partes, a través de una convocatoria, en la que se supone se les citará en lugar y hora precisos. Eso sí, puesto que las consultas lo son entre la representación de los trabajadores y la administración concursal, las mismas se desarrollan por ellos mismos, por tanto sin presencia del Juez del concurso. El órgano judicial actúa como mera instancia que poner en marcha el período de consulta pero no es parte ni siquiera notario de su desarrollo.

A la representación de los trabajadores se le proporcionará cuanta documentación hayan presentado bien el deudor o bien la administración concursal junto con la solicitud de inicio del procedimiento de regulación de empleo (art. 64.5 p. 3 LC). Ninguna referencia se efectúa al informe inicial de la administración concursal sobre el diagnóstico de la situación de la empresa (art. 74 LC), aunque hubiera sido razonable prever expresamente que también se le proporcionara en este momento a la

³⁰ Frente a ello, sin embargo, cierta doctrina da por supuesto que la administración concursal puede acordar indemnizaciones por despido superiores a las estipuladas legalmente: García-Perrote Escartín, Aspectos laborales..., op. cit., pg.22.

representación de los trabajadores; en todo caso, tomando en consideración que no se trata de un informe reservado o sometido a secreto sumarial, se puede interpretar que los representantes de los trabajadores si están interesados en ello pueden solicitar al Juez del concurso acceso al mismo, en la medida en que su conocimiento puede permitir un desarrollo más intenso y eficaz del período de consultas.

La duración de las consultas similar a las previstas en el expediente de regulación de empleo para los despidos colectivos establecida en el Estatuto de los Trabajadores, pues en ambos casos se fija en treinta días naturales como regla general, reducido a quince días naturales en el caso de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores (art. 64.5 LC y art. 51.4 ET). No obstante aparece algún pequeño pero relevante matiz diferencial, mientras que en el ET ese plazo se establece como duración mínima de las consultas, para las situaciones concursales se fija como plazo máximo. A nuestro juicio, ello no puede ser interpretado en el sentido de que se esté otorgando al órgano judicial una facultad de fijar la duración precisa del período de consultas, en ningún caso superior al tope establecido. Ello significa exclusivamente que, a diferencia de lo que sucede con el régimen estatutario, las partes que desarrollan las consultas no pueden acordar libremente entre ellas ampliar el plazo de duración de las consultas, de forma que podrán darlas por terminadas antes de los 30 o 15 días respectivamente, pero en ningún caso con posterioridad a dicho plazo. Transcurrido ese tiempo, el Juez del concurso deberá darlas por concluidas necesariamente también, pasándose a la siguiente fase, sin que tampoco se le reconozca al órgano judicial facultad alguna de prórroga de este plazo de consultas. Otro elemento diferencial reside en que en el régimen general para los expedientes de suspensión de los contratos el plazo es único de 15 días naturales, con independencia de las dimensiones que tenga la empresa (art. 20 RD 43/1996), mientras que en el caso de las situaciones concursales se unifica, una vez más como expresión de ese objetivo de tratamiento unitario en lo procedimental expuesto en apartados precedentes.

El objetivo y la naturaleza de las consultas es idéntica a la de los expedientes de regulación de empleo bajo el régimen estatutario. Se trata de un período calificado formalmente como de consultas, pero que en la medida en que van enderezado al logro de un acuerdo entre las partes (representantes de los trabajadores y administración concursal), se aproxima notablemente a lo que constituye un auténtico proceso de negociación colectiva entre las mismas. La expresión utilizada por el texto legal – “deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo” (art. 64.6 LC)-- reitera casi literalmente la expresión que a tal efecto se recoge en el texto del Estatuto de los Trabajadores (art. 51.4 p. 3), que a su vez no hace otra cosa que transcribir la previsión contenida al efecto en la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos. La utilización incluso del término “negociar” en el texto legal indica ya de por sí hasta que punto se desvanecen en nuestro sistema de relaciones laborales las teóricas diferencias entre la institución de la consulta y la correlativa de la negociación colectiva³¹. En suma, las partes desarrollan un proceso de intercambio de información, de opiniones y de posiciones, todo ello con la finalidad de lograr un acuerdo formal entre las mismas.

El contenido de las consultas tampoco viene concretado por el precepto que venimos comentando. Ese vacío a nuestro juicio sí que se puede cubrir con la remisión genérica a la aplicación de la legislación laboral respecto de lo no previsto en este

³¹ Con más detalle, J. Cruz Villalón, El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, RL nº17-18, pgs. 146 ss.

artículo (art. 64.11 LC). En particular, es aplicable a estas situaciones también lo dicho por el Estatuto de los Trabajadores: el período de consultas “deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (art. 51.4 ET).

La norma concursal sí que alude expresamente a los requisitos formales del posible acuerdo que pone fin al período de consultas. En concreto, precisa el régimen de mayorías necesarias entre la representación de los trabajadores, al tiempo que implícitamente da por supuesto **qué** tipo de representaciones pueden participar en la celebración de este pacto: “el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos” (art. 64.6 LC). La redacción es prácticamente idéntica en su literalidad a la que se recoge en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que en este punto basta con afirmar que no se establecen diferencias algunas al respecto.

Nada se dice en el texto de la LC respecto de la hipótesis de que las partes en el curso del período de consultas decidan someterse a un procedimiento de mediación o arbitraje, fórmula que es admitida como lícita en el texto estatutario a través de su incorporación a los textos de los convenios colectivos (art. 85.1 ET). Los propios Acuerdos Interprofesionales de resolución de conflictos colectivos laborales, tanto los autonómicos como el estatal contemplan expresamente esta posibilidad³². Aquí la hipótesis sería la de considerar hasta qué punto sería aplicable una vez más supletoriamente la remisión genérica a la legislación laboral para la integración normativa de posibles lagunas jurídicas por vía del silencio (art. 64.11 LC). Desde luego, la respuesta afirmativa sería indiscutible respecto de la puesta en marcha de un procedimiento de mediación, mientras que en cambio sí que suscita algunas dudas en lo que refiere a un posible sometimiento a un procedimiento arbitral. Mayores dudas suscita la posibilidad del arbitraje, en primer lugar porque **la** propia Ley Concursal manifiesta sus desconfianzas respecto de los mismos una vez declarada la situación de concurso. En concreto, se declara expresamente que los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso (art. 52.1 LC); eso sí esta prohibición sólo afectará a los compromisos arbitrales asumidos por el empresario respecto de futuras regulaciones de empleo. Sin embargo, hay que recordar que en el período de consultas no es el empresario quien actúa como interlocutor, sino que es la administración concursal quien interviene como contraparte y, además, no lo hace como representante del empresario-deudor por vía de un mandato representativo de aquél. De este modo, la administración concursal no estará vinculada por posibles compromisos arbitrales que haya podido asumir el empresario, pero ello no comporta necesariamente que también se esté prohibiendo que la propia administración concursal no pueda por sí misma asumir este tipo de compromisos arbitrales. De otra parte, en la lógica del precepto está que la administración concursal debe dar cuenta de su actuación al juez del concurso, por lo que las delegaciones de decisiones no son el mecanismo de actuación concebido de los administradores judiciales. En todo caso, también ha de admitirse que no existe una prohibición formal de sometimiento a un procedimiento arbitral por las partes en el curso del período de consultas y que la regla

³² Por todos, cfr. art. 4.1.d Segundo Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos (ASEC), de 31 de enero de 2001 (BOE 26 de febrero).

genérica es que, ante una falta de previsión expresa, es de aplicación la legislación laboral.

8.5. La fase de intervención judicial

Concluida la fase de consultas-negociación, las partes lo notifican al Juez del concurso, iniciándose una nueva fase en la que el protagonismo corresponde ahora al órgano judicial. En todo caso, al igual que sucede en el modelo estatutario, la intensidad de la actuación del Juez difiere mucho según que las partes hayan logrado o no acuerdo.

En la hipótesis de que las partes logren un acuerdo, el procedimiento es idéntico al del expediente estatutario, con la única diferencia de que aquí el acuerdo se remite al juez del concurso (art. 64.6 p. 2 LC), mientras que en el modelo estatutario se remite a la autoridad laboral (art. 51.5 ET). Pero lo más relevante es que el papel de la autoridad judicial es prácticamente idéntico al de la autoridad laboral, en el sentido de que como regla general su función es meramente registral del acuerdo alcanzado entre las partes, que por sí sólo goza de auténtica eficacia jurídica vinculante. En concreto, en estos casos el Juez deberá proceder a aceptar el acuerdo alcanzado, dictando un auto judicial resolviendo en el sentido de lo pactado por las partes. Es interesante destacar para comprender el modelo finalmente adoptado, que la regulación inicial en el iter parlamentario era cualitativamente diversa a la finalmente alcanzada, pues en el proyecto de Ley inicialmente presentado se otorgaba plenas facultades resolutorias al Juez del concurso, quien con plena libertad podría resolver al respecto, incluso contradiciendo lo acordado entre las partes³³. No es ésta, sin embargo, la fórmula que prevaleció al final, de modo que tras una sustancial enmienda en la tramitación parlamentaria se incorporó un modelo idéntico al estatutario, donde la premisa general es la de la **vinculabilidad de la autoridad judicial respecto de lo pactado entre las partes, de modo que el auto que dicte se convierte en “cuasi-reglado” respecto del acuerdo alcanzado entre las partes.**

La única excepción de discrepancia judicial se verifica en los mismos supuestos que en los contemplados en el modelo estatutario: cuando se aprecie dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo (art. 64.7 LC). La única diferencia es de adaptación lógica del modelo estatutario: en éste la autoridad laboral no puede resolver por sí misma acerca de la efectiva concurrencia de estos vicios del consentimiento en la conclusión del pacto, por lo que la Administración laboral deberá remitir el asunto a la autoridad judicial; por contraste, en el caso concreto de la situación concursal, como es el propio Juez quien ya está conociendo del asunto, será el mismo quien resolverá directamente acerca de la nulidad o no del acuerdo alcanzado. No obstante, también cabe apuntar otras dos diferencias derivadas de esa alteración subjetiva del modelo por lo que refiere al poder público que interviene. Primera, en correspondencia con lo que constituye pauta general de la LC, en ella es el Juez mercantil del concurso quien resuelve sobre el particular, mientras que en el modelo estatutario la autoridad laboral remite la cuestión al Juzgado de lo Social. Segunda, mientras que en el modelo estatutario el Magistrado de Trabajo se ha de limitar a declarar o no la nulidad del pacto así alcanzada y, en función de ello, remitir la cuestión de nuevo a la autoridad laboral para que resuelva acerca de la autorización administrativa solicitada, en esta ocasión el

³³ Art. 63 Proyecto de Ley concursal, de 21 de julio de 2002, serie A, nº 101-1.

Juez del concurso puesto que asume una doble posición al tiempo que puede declarar la nulidad del pacto puede también inmediatamente a continuación resolver acerca de lo que proceda en cuanto a la propuesta de regulación de empleo; en otros términos, su actuación no es sólo formal de aceptación o rechazo del acuerdo, sino también en caso de lo segundo podrá entrar en el fondo del asunto.

Por el contrario, cuando concluya el período de consulta sin acuerdo entre las partes y así se lo notifiquen al Juez del concurso, éste sí que asume una plena capacidad resolutoria, pues le corresponderá a él decidir acerca de la oportunidad o no de la propuesta de regulación de empleo, resolviendo sobre las concretas medidas colectivas que deban adoptarse. El condicionante principal en el contenido de la resolución judicial será que el Juez deberá fallar ateniéndose estrictamente al principio de congruencia procesal, a los efectos de no provocar indefensión a alguna de las partes, de modo que no podrá conceder más de lo solicitado por la administración concursal ni menos de lo admitido por la representación de los trabajadores.

Desde el punto de vista procedimental, haya o no acuerdo entre las partes en el período de consulta, son idénticos los trámites que se desarrollan desde la terminación de las consultas hasta que el órgano judicial resuelve sobre el fondo del asunto.

Una vez que las partes notifican al Juez la conclusión de las consultas y el resultado de éstas, el órgano judicial deberá comenzar por solicitar un informe a la Administración laboral; solicitud de informe que, a su vez, abre paso a la tramitación de un expediente en sede administrativa.

La norma concursal se limita a decir que el Juez del concurso recabará un informe de la autoridad laboral (art. 64.6 LC), pero sin precisar quién en concreto haya de ser la concreta autoridad laboral competente. Con carácter general, esa actuación de la Administración se enmarca dentro de la actividad de ejecución de la legislación laboral, por lo que a estas alturas estando transferida tal competencia al conjunto de las Comunidades Autónomas, será estas las competentes para emitir el informe correspondiente. La circunstancia de que cuando se aprobaron los correspondientes Reales Decretos de transferencia de competencias a las CC. AA. no estuviera previsto en la legislación positiva este tipo de informes de la autoridad laboral al poder judicial, no impide que automáticamente, a virtud de la propia LC y de los Estatutos de Autonomía, hayan asumido automáticamente esta competencia³⁴. En estos casos habrá que entender que la competencia del juez del concurso determina por efecto reflejo la correspondiente de la Administración Autonómica: deberá informar aquella Administración laboral autonómica en cuyo territorio se sitúe el Juez mercantil competente para conocer respecto del concurso en cuestión. La única excepción puede producirse allí cuando se verifique un desbordamiento territorial en lo competencial de la Administración autonómica; en concreto, allí cuando el expediente de regulación de empleo afecte a trabajadores destinados en varios centros de trabajo que a su vez estén situados en varias Comunidades Autónomas; en estos **casos**, puede entenderse que la **competencia** ejecutiva la conserva de forma residual el Ministerio de Trabajo por razón de extender su actuación a todo el territorio español, pudiendo aplicarse por analogía las reglas que al respecto se establecen en los Decretos de transferencia respecto del reparto

³⁴ Sobre el particular, J. Cruz Villalón, La residual competencia del Estado en materia de ejecución de legislación laboral, en AA. VV., Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Veinte años de relaciones laborales en Andalucía 1983-2003, Sevilla 2003, pgs. 394 ss.

competencial en materia de expedientes de regulación de empleo, donde se contemplan fórmulas variadas de colaboración vía informes entre las Administraciones Autonómicas y la Administración central³⁵.

A su vez la Administración laboral a los efectos de elaborar su informe para el Juez, podrá asesorarse de otros organismos de la propia Administración. Así, a título de ejemplo, la autoridad laboral podrá solicitar informe de asesoramiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Fondo de Garantía Salarial, o bien de la entidad gestora de la prestación por desempleo. De todos ellos, probablemente el más relevante y el que tradicionalmente ha tenido mayor impacto práctico ha sido el correspondiente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; por su carácter técnico y su experiencia suele ser el asesoramiento más completo e influyente en la posterior intervención de la Administración laboral. Precisamente por ello, llama poderosamente la atención que mientras que el Estatuto de los Trabajadores contemple este informe de la Inspección como preceptivo aunque no vinculante (art. 51.3 ET), en el caso concreto de las situaciones concursales ni siquiera lo mencione; el silencio en este caso comporta necesariamente interpretar que tal asesoramiento de la Inspección de Trabajo ahora se convierte en meramente facultativo y en modo alguno resulta obligado, dado que los únicos informes expresamente previstos son los que referiremos inmediatamente a continuación.

De igual forma, se prevé expresamente que la autoridad laboral para emitir su informe podrá oír a la administración concursal y los representantes de los trabajadores, con una redacción que da a entender que se trata de un trámite facultativo, pero no obligado para la autoridad laboral, aunque también debe tenerse en cuenta que esa actuación de la Administración laboral, por su carácter de expediente administrativo que concluye en un acto administrativo, se encuentra sometida al régimen general contemplado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disposición en la que expresamente se les otorga una facultad de audiencia, que ha de entenderse pueden reclamar en estos casos a la propia Administración³⁶. En estos términos, ese trámite de informe puede alcanzar una cierta complejidad, acumular una notable cantidad de documentos e informes, con el subsiguiente riesgo de demora en su emisión por parte de la Administración laboral competente. A los efectos de conjurar tales riesgos, la norma concursal establece un plazo perentorio en la emisión del informe por parte de la Administración, que por designio legal no podrá superar los quince días, al extremo que concluido este plazo el Juez del concurso deberá seguir el curso de las actuaciones, se haya o no recibido el informe de la autoridad laboral. Eso sí, deja la norma una puerta abierta, en el sentido de que el informe presentado extemporáneamente admite que podrá ser tomado en consideración por el Juez del concurso en el momento de adoptar la correspondiente resolución (art. 64.6 p. 2 LC).

En todo caso, el plazo del que dispone la autoridad laboral es notablemente perentorio, de forma que en muchas ocasiones puede que no se efectúe con la suficiente eficacia y profundidad de análisis. Aun siendo conscientes de la necesidad de que no se produzcan dilaciones en el desarrollo del expediente en una empresa que se encuentra en situación de insolvencia, podría haberse previsto una fácil alternativa técnica, que ampliaría notablemente el plazo para la labor que le corresponde realizar a la autoridad

³⁵ Cruz Villalón, La residual..., op. cit., pgs. 407 ss. y 418 ss.

³⁶ Art. 84 Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

laboral; me refiere en concreto a la posibilidad de que la Ley hubiera previsto que el requerimiento del informe a la autoridad laboral se hubiera adelantado *ad cautelam*, de modo que se efectuara por parte del Juez del concurso desde el instante en que admite a trámite la solicitud de iniciación del procedimiento, con lo cual la Administración podría ir estudiando ya el asunto en paralelo mientras que se va desarrollando el período de consultas. Desgraciadamente nada de esto se contempla en el texto de la Ley, que sólo prevé que el Juez se ponga en contacto con la autoridad laboral a partir del instante en que concluye el período de consultas (art. 64.6 LC).

Aparte de este informe de la autoridad laboral, por previsiones generales contempladas en la norma concursal es posible que el juez del concurso reciba directamente otros informes o alegaciones de parte; eso sí, en el bien entendido que, a diferencia de lo que sucede con el informe de la Administración laboral, en estos otros supuestos en principio la legislación no lo impone como trámite obligado, sino exclusivamente como facultad de los interesados.

En primer lugar, aunque no hay mención expresa en el art. 64 LC a ello, tanto el deudor como los administradores concursales pueden ser reconocidos como partes, sin necesidad de comparecencia en forma (art. 184.1 LC). Ello comporta que estos sujetos pueden por propia iniciativa presentar alegaciones directas al Juez del concurso relacionadas con sus posiciones. Por lo que refiere al empresario-deudor, teniendo en cuenta que no ha tenido la oportunidad de participar en el período de consultas, y que la resolución judicial con seguridad va a tener una repercusión directa sobre su patrimonio y actividad empresarial, es razonable aceptar que pueda defender sus propias posiciones, con independencia de cual haya sido la actuación de la administración concursal. En cuanto a la administración concursal, ésta puede estimar necesario dar a conocer al Juez su posición a lo largo de las consultas y, particularmente, las razones por las que no se ha logrado acuerdo con la representación de los trabajadores en ese trámite de consultas. En correspondencia con **esto** último, y a los efectos de garantizar el principio de **igualdad** de **las** partes en el proceso de modo que no se cause indefensión a la contraparte, es obligado reconocer en paralelo el derecho a formular alegaciones directas a la representación de los trabajadores, con la misma finalidad con la que lo ha podido hacer la administración concursal. El hecho de que **estas** dos partes hayan podido transmitir su posición a la Administración laboral con carácter previo a su informe, estimamos que no enerva ni convierte en innecesario reconocerle esta facultad de alegación directa ante el órgano judicial; éste último va a ser quien va a resolver sobre el fondo del asunto, particularmente cuando no se haya logrado acuerdo entre las partes en el período de consultas, y la autoridad laboral no se encuentra obligada a transmitir al Juez del concurso el informe de aquello, sino exclusivamente emitir su propio parecer sobre las medidas laborales propuestas.

Algún precepto prevé expresamente la necesidad **de audiencia del administrador** concursal, deudor y representantes de los trabajadores cuando se vaya a acordar por el Juez el cierre total o parcial, definitivo o temporal de establecimientos titularidad del empresario-deudor. Sin embargo, tal regla funciona exclusivamente cuando tales medidas no tienen repercusión directa e inmediata sobre los contratos de trabajo, pues no supongan extinción, suspensión contractuales o modificación de condiciones de trabajo, pues cuando sí tenga esa repercusión el precepto se remite expresamente al procedimiento *ad hoc* contemplado en el art. 64 LC (art. 44.4 LC). La diferencia pues se encuentra en que en el caso del expediente de regulación de empleo ese trámite de

alegaciones por administración concursal, deudor y representantes de los trabajadores, en su condición de partes interesadas, es facultativo, mientras que en el otro caso es obligatorio. La representación y defensa de estos sujetos en el procedimiento se somete a las reglas generales establecidas en la Ley de Procedimiento Laboral (art. 184.6 LC).

De otro lado, llama curiosamente la atención que no se contemple en la tramitación ante el Juez ninguna intervención expresa por parte de los acreedores del concurso. Los acreedores, en efecto, pueden tener intereses propios que se vean afectados a resultas de la resolución judicial del expediente de regulación de empleo, sin que su posición pueda entenderse directamente defendida por la administración concursal y mucho menos por el empresario-deudor. Desde luego a ellos se les niega toda posibilidad de solicitar la puesta en marcha del procedimiento de regulación de empleo, pues los sujetos legitimados para ellos son tasados y refieren exclusivamente a los mencionados con anterioridad en su momento. No obstante, los acreedores son con carácter general partes interesadas en todo el conjunto del procedimiento concursal, lo que permite interpretar que también ellos por propia iniciativa pueden personarse en estas fase de la actuación judicial, formulando las alegaciones pertinentes (art. 184.3 LC).

En todo caso, el supuesto más claro previsto expresamente en la normativa concursal refiere al Fondo de Garantía Salarial, quien deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones (art. 184.1 LC). Es claro que este procedimiento de regulación de empleo puede desembocar en unas extinciones de contratos de trabajo de las que deriven obligaciones indemnizatorias que, por encontrarse la empresa en situación de insolvencia, deban ser asumidas por el Fondo de Garantía Salarial. Con mucho mayor motivo sucederá así cuando se trate de empresas de menos de 25 trabajadores, pues en este caso el organismo público abona a fondo perdido el 40 % de la indemnización legal que corresponda (art. 33.8 ET). Por tanto, está justificado de todo punto de vista la intervención en estos casos del Fondo. Conviene recalcar que en esta ocasión el precepto es taxativo en el establecimiento de un deber de citación del Fondo, de modo que su intervención procesal no es potestativa, sino que obligatoriamente el Juez del concurso le deberá dar trámite de audiencia en el procedimiento correspondiente.

La Ley sólo contempla un plazo de emisión de informe respecto del que corresponde evacuar por la Administración laboral, en tanto que para el resto de posibles alegaciones no establece período temporal alguno. Más aún, la norma pretende que el procedimiento se desarrolle de forma acelerada, de forma que concluido el período de consultas, se abre el plazo de 15 días para el informe de la autoridad laboral y a la finalización de éste se concede al Juez del concurso un plazo máximo de cinco días para que resuelva el asunto. De este modo, la presentación de cualquier tipo de escritos por estos otros sujetos, diversos de la autoridad laboral, habrá de efectuarse bien durante el período de consultas o bien durante el plazo concedido a la propia Administración para emitir su informe.

Concluida la fase de instrucción, y sin más trámite, el Juez del concurso resolverá mediante auto, sobre las medidas propuestas. En concreto, el precepto una vez más se remite al régimen común estatutario, entendiendo que el Juez asume facultades asimiladas a las autorizatorias de la Administración laboral: “el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral” (art. 64.7 LC). El auto debe dictarse en el

plazo perentorio de cinco días, si bien una dilación en la resolución judicial no puede provocar una admisión o rechazo implícito de la solicitud en su día formulada, por lo que habrá que estar al auto que en su momento se dicte aun cuando lo sea más allá del plazo legalmente estipulado de los cinco días. Es cierto que en el modelo estatutario se establece que el silencio administrativo tiene alcance positivo, de modo que si transcurre el plazo para dictar resolución y no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entiende autorizada la medida extintiva en los términos previstos (art. 51.5 y 6 ET). Tal fórmula es trasladable al caso del auto que se limita a ratificar el acuerdo alcanzado entre las partes en el período de consultas, dado el valor de mero control de legalidad que adquiere la sucesiva intervención judicial; sin embargo, no viable en modo alguno para los supuestos en los que no haya acuerdo entre las partes, puesto que la institución del silencio administrativo, como su propia denominación indica, lo es respecto de procedimientos de carácter administrativo y en este caso nos encontramos frente a una resolución judicial a todos los efectos³⁷.

Frente al auto dictado se abre una doble vía de impugnación, según el objeto del recurso y los sujetos que lo interponen.

De un lado, cuando se trate de una impugnación colectiva frente a lo resuelto con carácter general por el Juez, de afectación genérica a los trabajadores de la empresa, cabrá la interposición del recurso de suplicación, así como el resto de los recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tengan efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales (art. 67.8 LC). Por esta vía se produce un singular efecto de ampliación competencial del conocimiento por parte del orden social de la jurisdicción, puesto que en el modelo estatutario del expediente de regulación de empleo, al tratarse inicialmente de un acto administrativo de autorización de los despidos colectivos o suspensiones, la resolución de la Administración laboral es recurrible ante el orden contencioso-administrativo; paradójicamente lo que no se ha logrado materializar respecto del modelo estatutario por la vía de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, por vía de la reforma del art. 3.2.b de la Ley de Procedimiento Laboral, se ha logrado con relativa facilidad respecto de la Ley Concursal, a través de la incorporación de este singular mecanismo de impugnación vía recurso de suplicación a través del orden social de la jurisdicción. Confiemos en que ello constituya una fórmula exitosa, que de lugar en el futuro a la efectiva puesta en práctica de lo anunciado por el art. 1.3.b LPL nunca desarrollado materialmente.

De otro lado, en estos casos, habrá de entenderse que ostentan legitimación para interponer el recurso quienes fueron parte en la fase de instancia, es decir, administración concursal y representantes de los trabajadores, sin descartar la personación de otros posibles sujetos que representen intereses colectivos, como podrían ser representantes de acreedores, Fondo de Garantía Salarial.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, previsto en el art. 195 LC. La sentencia que

³⁷ En el mismo sentido, aunque sin diferenciar según que haya o no acuerdo entre las partes, Ríos Salmerón, *La Ley Concursal...*, op. cit., pg. 368; García-Perrote Escartín, *Aspectos laborales...*, op. cit., pg. 22.

recaiga en estos casos será recurrible en suplicación (art. 67.8 LC), por tanto resolviéndose y tramitándose ante los órganos jurisdiccionales del orden social. Los casos típicos de estas impugnaciones individuales versarán sobre la selección de los trabajadores afectados por las medidas colectivas adoptadas, o bien sobre la cuantía de las indemnizatorias que correspondan.

9.- Efectos de las medidas de regulación de empleo

Si el auto judicial procede a ratificar lo acordado entre las partes a resultas del período de consultas, el alcance de la resolución judicial consistirá estrictamente con lo pactado entre las partes, sin que la misma pueda alterar su contenido. En el modelo estatutario de regulación de empleo, es bastante claro que se trata de un acuerdo colectivo de empresa alcanzado entre las partes, con eficacia general; de este modo, el acto de ratificación en el modelo estatutario por parte de la autoridad laboral se asimila notablemente al correspondiente al registro de un convenio colectivo previsto en el art. 90 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que lo que otorga verdadero valor vinculante a lo decidido es el pacto colectivo alcanzado entre las partes y, en función de ello, han de valorarse los contenidos posibles y lícitos del acuerdo en el período de consultas. En el caso particular de las situaciones concursales, la especialidad se sitúa (aparte de la circunstancia ya comentada de que el acuerdo se celebra con la administración concursal, para lo que nos remitimos a lo dicho en su momento) en el hecho de que ahora la ratificación del acuerdo se produce por medio de un auto dictado por el Juez del concurso y no por un acto administrativo de la Administración laboral. A pesar de ello, a nuestro juicio ello no altera en modo alguno las claves de la vinculabilidad y de los contenidos lícitos de la decisión adoptada; si acaso la refuerza aún más si cabe. En todo caso, lo decidido necesariamente tendrá eficacia jurídica vinculante y *erga omnes*, precisamente no al caso se exigen precisas mayorías en la representación de los trabajadores para la formalización del acuerdo. De otra parte, como la lógica general de la regulación concursal finalmente incorporada al BOE es la de efectuar una traslación al máximo de la intervención judicial, sustituyendo a la correspondiente de la autoridad laboral en el expediente estatutario, no se busca alterar la naturaleza jurídica, alcance y contenidos del acuerdo entre las partes. En definitiva, la única diferencia apreciable se situará en el procedimiento de impugnación judicial del auto dictado por el Juez del concurso, pues, como hemos visto, en este caso da paso al recurso de suplicación ante el orden social de la jurisdicción, en tanto que en el modelo estatutario da lugar a una impugnación ante el orden contencioso-administrativo, según criterio de la jurisprudencia³⁸, aunque su criterio resulta bastante criticable. En lo demás, ha de entenderse que no se verifica ninguna diferencia en cuanto a los efectos y vinculabilidad del acuerdo entre las partes en el curso del período de consultas.

En aquellos supuestos en los que no se alcance acuerdo entre las partes en el período de consultas, el Juez en su auto se deberá pronunciar acerca de la propuesta formulada. Por tanto, la primera decisión que puede adoptar será la de resolver acerca de la suspensión o extinción de los contratos de trabajo de toda o parte de la plantilla de la empresa. Dado que en su momento interpretamos que la propuesta inicial debe contener la individualización nominativa de los trabajadores afectados por las medidas de regulación de empleo, ha de entenderse en paralelo que el auto deberá pronunciarse

³⁸ STS, 4ª, 21 de junio de 1994, Ar. 5463; 27 septiembre 1989, Ar. 6525.

explícitamente sobre este asunto y, por tanto, el fallo deberá contener una **menção** igualmente nominativa de los trabajadores afectados. No al caso se contempla expresamente la posibilidad de que los trabajadores individualmente puedan impugnar dicho auto en las cuestiones que se refieran estrictamente a la relación individual, y ello se sustancia a través del procedimiento del incidente concursal (art. 67.8 LC). Al respecto recordar que legalmente se establecen cierto tipo de preferencias de los representantes de los trabajadores de permanencia en la empresa, tanto en los supuestos de extinción (art. 51.7 ET) como de suspensión del contrato de trabajo (art. 68.b ET), preferencia que **rige** también en las situaciones concursales.

En el modelo estatutario, concedida la autorización administrativa, la misma no produce automáticamente el efecto suspensivo o extintivo de los contratos de trabajo, pues la misma, por su propia naturaleza, lo que incorpora es la atribución a la dirección de la empresa para que sea ésta quien materialmente proceda a suspender o a resolver los contratos de trabajo correspondientes. De este modo, una vez recibida la autorización, la empresa, en un plazo razonable a administrar a su criterio y conforme a las exigencias empresariales, procederá a notificar por escrito y de forma individualizada a los trabajadores afectados la suspensión o resolución contractual, precisando la fecha de sus efectos. Aun cuando en las situaciones concursales, una vez más se sustituye la autorización administrativa por un auto judicial, parece razonable interpretar que no se produce alteración alguna del acto decisorio del poder judicial, a la vista que reiteramos la idea fuerza de la LC es sustituir a la autoridad laboral por el Juez, pero sin alterar el carácter y alcance de su intervención. Como literalmente dice el precepto, “el Juez decidirá lo que proceda conforme a la legislación laboral” (art. 65.7 LC). De este modo, la única especialidad será que esa materialización de la medida colectiva queda remitida a la administración concursal, y no al empresario-deudor como sucedería en la hipótesis de aplicar el modelo estatutario de expediente de regulación de empleo. No obstante, en el caso concreto en el que la propuesta inicial de regulación de empleo proceda de los trabajadores, tanto lo sea a través de sus representantes como de ellos directamente en los términos previstos en el art. 64.10 LC, y el período de consultas concluye sin acuerdo con la administración concursal, la resolución judicial produce efectos constitutivos; efectos constitutivos en el sentido de que el auto produce de forma inmediata y automática la suspensión o extinción de los contratos de trabajo, sin necesidad de sucesiva intervención por parte de la administración concursal.

El auto judicial, en igual medida, tiene el valor de documento acreditativo de la situación legal de desempleo, al objeto de poder solicitar la correspondiente prestación de la Seguridad Social (art. 64.7 LC). En correspondencia con ello se modifica y adapta la Ley General de Seguridad Social, incluyendo este nuevo supuesto de situación legal de desempleo, tanto en lo que afecta a la extinción como a la suspensión del contrato de trabajo (art. 208.1.a y 2 LGSS, en la redacción dada por la disposición final 16ª LC). En el texto originario del proyecto de Ley se preveía un engorroso trámite sucesivo de intervención de la Administración laboral, a los efectos de que se mantuviera el expediente administrativo y ello tan sólo para el acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo. Por suerte, ello se ha eliminado en el texto finalmente aprobado, pues carecía de todo sentido, dado que nada podría alterar esa posterior intervención administrativa, convirtiéndose en un absurdo trámite burocrático que sólo tendría el efecto de dilatar la gestión de la prestación por desempleo.

Nada establece la normativa concursal respecto de las indemnizaciones que corresponden en estos casos, motivo por el que una vez más ha de interpretarse que se aplica el régimen general: inexistencia de derecho a percibir indemnizaciones en el caso de suspensiones de la relación laboral (art. 47.1 ET), mientras que para el caso de los despidos colectivos se contempla el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de antigüedad con un tope de 12 mensualidades (art. 51.8 ET); cuantía ésta última que en el caso de empresas con menos de 25 trabajadores se abona por el Fondo de Garantía Salarial un 40 % del mismo, sin posibilidad de subrogación en el correspondiente crédito frente al patrimonio del empleador (art. 33.8 ET). Todas estas reglas han de entenderse **aplicables** en todo caso a las situaciones concursales. En el caso concreto del abono del 40 % por parte del Fondo, la redacción literal del Estatuto de los Trabajadores se remite exclusivamente al expediente instruido en aplicación del art. 51 ET; sin embargo, con los mismos argumentos que expondremos respecto del resto de las indemnizaciones, se trate de un mero error técnico u olvido del legislador, bastando con la remisión general a la legislación laboral por parte del art. 64.11 LC para interpretar que también en estos expedientes la entidad pública asume a fondo perdido esa parte de la **indemnización** por despido.

A la vista de que en el caso concreto de los altos cargos se **han** generalizado notablemente los pactos por vía contractual de indemnizaciones significativamente elevadas por cualquier tipo de extinción de sus contratos de trabajo, a modo de blindaje contractual, la repercusión negativa que ello pueda tener sobre el conjunto del patrimonio empresarial y sobre todo una sana regla de moralidad en el tráfico mercantil en este tipo de situaciones concursales, conduce al legislador a poner coto a posibles abusos que se hayan producido en la celebración de este tipo de pactos, que incluso pueden suponer una cierta situación de connivencia entre el alto directivo y el propio empresario. Por ello, en la norma concursal se faculta al Juez del concurso para moderar la indemnización que corresponda. En todo caso, la norma sí que establece que esa reducción de la indemnización tendrá un tope mínimo, consistente en la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo (art. 65.3 LC). A estos efectos, debe advertirse que la indemnización prevista en la regulación específica de los altos directivos para el caso de extinción por desistimiento empresarial es de siete días de salario por año de antigüedad con el límite de seis mensualidades, salvo pacto en contrario³⁹. Sin embargo, a nuestro juicio en esta ocasión la norma concursal se está remitiendo a la hora de fijar el tope mínimo en la reducción de lo pactado a la indemnización legalmente estipulada para el caso específico de los expedientes de regulación de empleo, es decir, a los 20 días de salario por año de antigüedad con el tope de las 12 mensualidades⁴⁰. Por otra parte, también se indica que la administración concursal podrá solicitar del Juez que el pago de este crédito a favor de los altos cargos se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación (art. 65.4 LC).

Todas las indemnizaciones que se puedan derivar de los despidos resueltos por este procedimiento reciben un tratamiento privilegiado en la concurrencia con otros acreedores del empresario-deudor. En concreto, merecen la consideración de créditos contra la masa, entendiéndose comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento (art. 84.2.5° LC). En todo caso, al encontrarse la empresa en situación de insolvencia, el Fondo de Garantía Salarial asume la responsabilidad de su abono, con los topes establecidos en el Estatuto de los

³⁹ Art. 11.1 RD 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 de agosto).

⁴⁰ En el mismo sentido, García-Perrote Escartín, Aspectos laborales..., op. cit., pg. 28.

Trabajadores. Es cierto que la redacción literal del precepto en cuestión alude exclusivamente a las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52.c) de esta Ley (art. 33.2 ET), sin que su redacción se haya adaptado al nuevo modelo concursal. En esta ocasión el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones no se produce ni por sentencia ni por resolución administrativa, sino que se verifica por medio de auto judicial; de igual forma en esta ocasión la extinción no se produce por vía del art. 51 ET, sino a tenor de la legislación concursal, a la que esta última Ley se remite expresamente (art. 57 bis ET). A pesar de ello, la interpretación más razonable es entender que se trata de un mero error técnico, de un olvido involuntario por parte de la norma concursal de reformar el art. 33.2 ET, adaptándolo al nuevo modelo; de lo contrario, no se entendería la expresa mención al Fondo de Garantía Salarial como parte que necesariamente ha de ser citada cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono no sólo de salarios sino también de indemnizaciones de los trabajadores (art. 184.1 LC).

La última diferencia a señalar respecto al modelo estatutario de despidos colectivos, reside en que en este último caso, cuando los mismos afecten a trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la LGSS. Esta **regla se** contempla en el ET tan sólo para los expedientes de regulación de **empleo “de empresas no incursas en procedimiento concursal”** (art. 51.15 ET), luego *a sensu* contrario no rige para los supuestos que hemos analizado aquí de empresas en concurso.